

**SOBRE A *EXCEPTIO DOMINII*
NAS ACÇÕES POSSESSÓRIAS
E NOS EMBARGOS DE TERCEIRO**

Pelo Prof. Doutor Miguel Teixeira de Sousa

I. Do disposto no art. 1035.º, n.º 1, CPC parece resultar que, se o autor não impugnar a *exceptio dominii* invocada pelo réu, é considerado improcedente o pedido relativo à posse formulado pelo autor e procedente o pedido petitório do réu. quer dizer: a falta de contestação pelo autor da propriedade invocada pelo réu parece produzir um efeito combinatório que se traduz simultaneamente na improcedência do pedido possessório do autor e na procedência do pedido petitório do réu. Esse regime legal é aplicável aos embargos de terceiro por força da remissão operada pelo art. 1042.º proémio CPC, pelo que, nessa mesma óptica, a falta de contestação pelo embargante da propriedade invocada pelo embargado determina a improcedência dos referidos embargos. *Alberto dos Reis* Justifica esta solução afirmando que «a posse do autor ou embargante é vencida pela propriedade do réu ou embargado, o que implica necessariamente a afirmação de que a falta de impugnação do autor ou embargante importa o reconhecimento do direito de propriedade invocado pela outra parte» (1).

Assim entendido, todavia, esse regime é incompatível com a presunção da titularidade do direito de fundo estabelecida no

(1) *Alberto dos Reis*, Processos Especiais I (Coimbra 1955), 394.

art. 1268.º, n.º 1, CC a favor do possuidor, porque o reconhecimento judicial da propriedade do réu decorre, nessa interpretação, da não contestação dessa propriedade pelo autor (que é o possuidor) e não, como seria de esperar, da ilisão daquela presunção pelo réu excepcionante. *Alberto dos Reis*, omitindo qualquer referência àquela presunção (que, em termos aproximados aos actuais, estava consagrada nos arts. 477.º e 952.º CC de 1867) chega mesmo a afirmar que «se o autor não impugnar o direito de propriedade, considera-se confessado esse direito» (2). Verifica-se facilmente que, não podendo qualificar-se essa não impugnação como uma confissão mas tão-só como uma admissão (arts. 490.º, n.º 1, e 505.º CPC), aquela posição não é coerente com a presunção enunciada no art. 1268.º, n.º 1, CC, pois que, segundo o regime de qualquer presunção legal, o réu só poderia ser considerado proprietário se provasse (positivamente, pode talvez dizer-se) que é titular desse direito, não sendo bastante para fundamentar o reconhecimento do seu direito de propriedade (plena) a não contestação desse direito por uma contraparte que beneficia da presunção da titularidade de um direito real incompatível com essa propriedade.

Objectar-se-á talvez que a não contestação pelo autor possuidor da *exceptio dominii* invocada pelo réu — isto é, a admissão por esse autor da propriedade daquele réu — impõe necessariamente aquela solução, porque daquela não contestação decorre inevitavelmente o efeito cominatório correspondente à admissão do direito real excepcionado pelo réu. Não é essa, contudo, a melhor opinião. A admissão dos factos não contestados enunciada nos arts. 490.º, n.º 1, e 505.º CPC é uma contrapartida lógica (e razoável) do ónus de impugnação especificada prevista nesses mesmos preceitos, pelo que, onde não existir esse ónus, não pode relevar aquela admissão (3). Ora, o art. 350.º, n.º 1, CC dispõe que a parte que tem a seu favor uma presunção legal não tem o ónus da prova relativamente ao facto presumido, pelo

(2) *Alberto dos Reis*, Processos Especiais I, 396.

(3) Sobre a relação entre a admissão e o ónus de impugnação, cfr. *Lebre de Freitas*, A confissão no direito probatório (Coimbra 1991), 465 ss. e 474 ss..

que, dada a presunção estabelecida no art. 1268.º, n.º 1, CC, o autor possuidor, que é o titular presumido do direito de fundo, não necessita de provar esse mesmo direito: sobre aquela parte só impende o ónus de provar a posse, isto é, o facto que constitui a base da presunção. não recaindo, assim, sobre o autor possuidor qualquer ónus da prova relativamente ao direito de fundo que subjaz à sua posse, parece indiscutível que, atendendo à relação entre o ónus da prova e o correlativo ónus da alegação, também não lhe incumbe qualquer ónus de alegar esse direito ou de impugnar o direito incompatível afirmado pelo réu excepcionante ⁽⁴⁾. Deste modo, para que o réu excepcionante possa ser reconhecido proprietário pleno é necessário que essa parte ilida a presunção de que o autor possuidor é titular do direito de fundo subjacente à posse alegada, isto é, é indispensável que o réu prove que o autor não é titular de qualquer direito real sobre a coisa ⁽⁵⁾.

Importa, assim, encontrar uma solução que compatibilize a presunção de que o autor possuidor é titular do direito real subjacente à sua posse com o regime constante do art. 1035.º, n.º 1, CPC. Uma primeira aproximação pode ser tentada através do disposto no art. 1035.º, n.º 2, CPC, no qual se estabelece que a propriedade invocada pelo réu tem-se por impugnada pelo autor quando este a tenha alegado na petição inicial da acção possessória. Assim, se o autor tiver fundamentado a acção possessória na sua propriedade sobre o bem possuído, a não impugnação por esse autor da *exceptio dominii* alegada pelo réu não justifica a imediata procedência dessa *exceptio*. O mesmo regime vale, segundo parece, quando o direito invocado pelo autor possuidor não é a propriedade, mas qualquer outro direito real, e quando o réu alega esse mesmo direito como fundamento da então impropriamente chamada *exceptio dominii*. Aquela solução legal é perfeitamente coerente com a presunção do art.º. 1268, n.º 1, CC, pois que, enquanto o réu não provar que é proprietário do bem

(4) Sobre a correlatividade entre o ónus de alegação e o ónus da prova, cfr., v. g., *Rosenberg / Schwab*, *Zivilprozessrecht* (München 1986), 714 ss..

(5) Cfr. *Henrique Mesquita*, An. Ac STJ de 28/11/72, RDES 20 (1973), 351; identicamente, Ac. RC de 4/1/83, CJ 83/1, 17.

possuído pelo autor ou titular do mesmo direito real alegado pelo demandante, esta parte continua a beneficiar da presunção, enunciada no art. 1268.º, n.º 1, CC, de que é proprietário ou titular de outro direito real. Pode assim concluir-se que a improcedência da acção possessória pressupõe a demonstração pelo réu do seu direito real e, portanto, a ilisão da presunção favorável ao autor.

Contudo, haverá ainda que considerar na apreciação desta situação outros factores: um registo favorável ao réu e prevalecente sobre a posse do autor ou um registo de qualquer das partes prevalecente sobre o registo da contraparte. Nestas eventualidades, o conflito entre a presunção resultante da posse (art. 1268.º, n.º 1, 1.ª parte, CC) e a presunção fundada no registo (art. 7.º CRegP) é resolvido a favor do réu se o seu registo for anterior ao início da posse do autor (art. 1268.º, n.º 1, 2.ª parte, CC); se o conflito se verificar entre presunções baseadas no registo, esse conflito é decidido contra a autor se o registo do réu for mais antigo (art. 6.º, n.º 1, CRegP) (6). Em nenhuma destas hipóteses a eventual decisão da acção contra o autor (o alegado possuidor) contraria a presunção baseada na posse dessa parte, porque esta presunção é preterida por uma presunção baseada no registo.

Também devem ser consideradas as hipóteses em que qualquer das partes beneficia de um registo constitutivo, o que sucede, como se sabe, em casos de invalidade substantiva (art. 291.º CC) e em situações de invalidade do registo (art.º. 17.º CRegP). Assim, suponha-se, por exemplo, que o réu alega a sua propriedade sobre o imóvel e que, encontrando-se nas condições previstas no art. 291.º CC, beneficia de um registo próprio anterior à acção de nulidade ou de anulação do seu acto de aquisição: neste caso, o registo do réu é constitutivo e oponível ao autor, pelo que o tribunal deve julgar procedente a *exceptio dominii* alegada pelo demandado; o mesmo acontece se o réu adquiriu de boa fé e a título oneroso a sua propriedade de um titular

(6) Sobre esta matéria, cfr. *Oliveira Ascensão*, Capítulo VI / Publicidade (Actualização do livro Direito Civil — Reais Lisboa 1989), 37 ss..

invalidamente registado e se encontra na situação prevista no art. 17.º, n.º 2, CRegP, pois nessa hipótese verifica-se uma aquisição tabular (7).

Contudo, como a aquisição fundada na usucapião é oponível independentemente do registo, conforme é demonstrado pelo art. 5.º, n.º 2, al. a), CRegP, o direito real em discussão será sempre reconhecido à parte que puder invocar aquele título de aquisição contra uma presunção baseada no registo. Portanto, a acção é julgada procedente favoravelmente à parte que adquiriu o direito através da usucapião, mesmo que a contraparte possa invocar um registo constitutivo. Como a aquisição através da usucapião é oponível independentemente do registo (art. 5.º, n.º 2, al. a), CRegP), a possibilidade de beneficiar de um registo constitutivo não assegura à parte favorecida a procedência da acção.

II. Resolvida a questão na hipótese em que o autor e o réu invocam o mesmo direito real de gozo como fundamento, respectivamente, da sua posse e da *exceptio dominii*, importa agora analisar a situação em que as partes alegam diferentes direitos reais: isso pode acontecer quer quando o autor invoca um direito real de gozo, que não a propriedade, como fundamento da sua posse e o réu alega a *exceptio dominii* com fundamento na propriedade, quer quando, tendo o autor alegado um direito real distinto da propriedade, o réu fundamenta a *exceptio plurium* num outro direito real. Recorde-se que o problema em análise se continua a referir à circunstância em que o autor não contesta essa *exceptio* e o réu não ilide a presunção da titularidade do direito de fundo invocado pelo autor possuidor.

Uma solução possível para este caso seria concluir que, como o autor não contestou o direito real invocado pelo réu, essa parte admitiu implicitamente a insubsistência do direito real de gozo por ele alegado como fundamento da sua posse (8). Contudo, esta solução contrária, como já se verificou, a presunção do

(7) Sobre esta situação, cfr *Oliveira Ascensão*, Publicidade, 58 ss.; *Menezes Cordeiro*, Direitos Reais / Sumários (Lisboa 1984/1985), 140 ss..

(8) Assim, *Alberto dos Reis*, Processos Especiais I, 396.

art. 1268.º, n.º 1, CC, pois que, apesar de se presumir que o autor é titular do direito de fundo alegado, ser-lhe-ia exigida a prova da titularidade desse mesmo direito real ou a impugnação do direito incompatível excepcionado pelo réu. Acresce ainda que, como também se referiu anteriormente, segundo o princípio de que a parte que não está onerada com a prova do facto não tem qualquer ónus de alegação desse mesmo facto, da não impugnação pelo autor do direito real alegado pelo réu não pode ser retirado qualquer efeito probatório. Além disso, sob uma perspectiva substantiva, aquela solução pressupõe que o reconhecimento da propriedade do réu prevalece sempre sobre a posse do autor e que, portanto, a procedência da *exceptio dominii* afasta sempre a procedência da acção possessória (9), o que, pelo menos em termos absolutos, não é uma orientação sustentável (10).

Do exposto resulta que a interpretação do art. 1035.º deve ser, para a situação em análise, a seguinte: — o autor possuidor beneficia da presunção do art. 1268.º, n.º 1, CC, pelo que se presume ser o titular do direito real que fundamenta a sua posse enquanto essa presunção não for ilidida pelo réu, isto é, enquanto esta parte não provar que tem um direito real incompatível com qualquer outro direito do autor; — além disso, a não impugnação pelo autor do direito real invocado pelo réu determina, nos termos do art. 1035.º, n.º 1, CPC, a procedência da *exceptio dominii*, mas essa procedência não pode atingir o direito real de gozo de que o autor é o presumido titular através do disposto no art. 1268.º, n.º 1, CC. Em suma: se o réu que invoca a *exceptio dominii* não prova que é proprietário pleno da coisa, a acção possessória deve ser julgada procedente a favor do autor possuidor, embora seja igualmente reconhecida àquele réu a titularidade de um direito real compatível com o direito de fundo do autor possuidor.

Pode também imaginar-se que o direito de fundo de que o autor possuidor é o titular presumido não é compatível com o

(9) Explicitamente nesse sentido, cfr. *Alberto dos Reis*, Processos Especiais I, 396; *Rodrigues Bastos*, Notas ao Código de Processo Civil IV (Lisboa 1984), 284.

(10) Assim, *Henrique Mesquita*, An. Ac. STJ de 28/11/72, 350.

reconhecimento do direito real alegado pelo réu como fundamento da *exceptio dominii*: pense-se, por exemplo, na hipótese em que o autor possuidor alega o usufruto sobre um imóvel e o réu invoca o direito de habitação sobre o mesmo imóvel. Nesta situação, se o réu não ilidir a presunção que concede ao autor a titularidade do usufruto, deve ser reconhecida a posse do autor e julgada improcedente a *exceptio dominii* alegada pelo réu. O direito real presumido prevalece sobre um direito real incompatível.

Em qualquer das circunstâncias agora referidas — aquela em que pode haver o reconhecimento simultâneo de ambos os direitos reais invocados pelas partes e aquela em que esses direitos não podem ser simultaneamente reconhecidos —, o conflito entre a presunção resultante da posse e a presunção baseada no registo ou o verificado entre as várias presunções fundamentadas no registo é resolvido segundo as regras acima definidas para essas situações e que constam, respectivamente, do art.º 1268.º, n.º 1, 2.ª parte, CC e do art. 6.º, n.º 1, CRegP. Do mesmo modo, a parte que pode invocar a usucapião como título de aquisição do seu direito real assegura sempre a procedência da acção ou da excepção, mesmo contra um adquirente do mesmo direito (art. 5.º, n.ºs 1 e 2, al. a), CRegP).