

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

---

STVDIA IVRIDICA

95

AD HONOREM — 4

---

*RUI PINTO DUARTE*

DOIS APONTAMENTOS  
SOBRE ACESSÃO INDUSTRIAL  
IMOBILIÁRIA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

---

COIMBRA EDITORA

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

---

ESTUDOS  
EM HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR  
MANUEL HENRIQUE MESQUITA

Volume I

Organizador:

DIOGO LEITE DE CAMPOS



2009

---

COIMBRA EDITORA

## DOIS APONTAMENTOS SOBRE ACESSÃO INDUSTRIAL E IMOBILIÁRIA (\*)

Rui Pinto DUARTE

Manuel Henrique Mesquita tem lugar na primeira linha dos estudiosos do Direito Privado do nosso país. Como a área que mais cultivou terá sido a dos Direitos Reais, parece inteiramente apropriado situar nessa área um trabalho a integrar numa obra em sua homenagem. Ao fazê-lo, retribuo o muito que aprendi nos seus escritos, sobretudo desde que o encargo de leccionação da matéria, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, me tem levado a estudá-los com atenção reforçada.

Nesse ensino, ao abordar a acessão imobiliária, dois dos problemas mais interessantes que tenho discutido com os alunos são o da bondade da regra do art. 1340, n.ºs 1 e 4, do Código Civil e o da eventual existência de uma lacuna quanto à situação do construtor de boa fé que, apesar de a obra construída ser de valor maior que o terreno, não o quer adquirir.

Os apontamentos que se seguem correspondem a sínteses do que tenho discorrido sobre tais problemas.

### A) Em defesa do princípio *superficies solo cedit*

1. Por força do art. 1340, n.ºs 1 e 4, do Código Civil, no Direito português, vigora a regra segundo a qual se alguém, de boa fé, construir (1),

---

(\*) Escrito para os *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor M. Henrique Mesquita*.

(1) O preceito abrange não apenas a construção mas também a sementeira e a plantação. Por facilidade, tomarei sempre a parte pelo todo, referindo apenas o primeiro caso. O que escrever, porém, valerá para os demais casos.

com materiais próprios (2), obra em terreno alheio, e o valor que a obra trazer à totalidade do prédio for maior do que o valor que este tinha antes, o autor da incorporação adquire (3) a propriedade do prédio (4), pagando o valor que ele tinha antes da obra.

O mesmo é dizer que a nossa ordem jurídica não se orienta, nesta situação, pelo princípio, tido por tradicional, *superficies solo cedit* (5), ao contrário do que passa em todas as outras ordens jurídicas que conheço — embora também nenhuma dessas ordens jurídicas consagre sem excepções a regra de que a acessão se dá, na situação em causa, em benefício do dono do solo, havendo em todas elas regras que evitam que a aplicação cega do princípio gere injustiças (6).

2. A propósito de tradição é de dizer que é antiga no nosso Direito a ideia de que na situação em apreço, a acessão nem sempre se deve dar em benefício do dono do prédio.

Lobão escreveu o seguinte:

"§ 50. Se o proprietário do solo se opõe à obra da casa, que nele se pretende edificar, renunciando a nova obra, e provando o domínio dele, que deve provar na nunciação; obsta ao seu progresso, e o edificado se remove. Se porém algum faz casa no solo alheio à vista e face do proprietário dele sem sua contradição, sem embargar a nova obra; e o edifício se conclui, não lhe resta outra acção, que não seja para só pedir a justa estimação do solo ocupado: Confirma-se com o uso das nações, e com o estilo de julgar do nosso reino: Conspiram as razões

---

(2) O preceito não refere este requisito. No entanto, ele retira-se da conjugação do art. 1340 com o art. 1342.

(3) Se adquire (automaticamente) ou se pode adquirir (se quiser) é problema abordado no segundo destes apontamentos.

(4) Discute-se se o objecto da acessão é todo o prédio ou só a parte do mesmo em que a obra é feita, sendo a segunda posição a maioritária na jurisprudência (v. o meu texto *A Jurisprudência Portuguesa Sobre Acessão Industrial Imobiliária – Algumas Observações*, in *Themis*, n.º 5, Ano III, 2002, págs. 259 e 260).

(5) Sobre as origens romanísticas do princípio, v. P. Ourliac e J. de Malafosse, *Histoire du Droit Privé, 2 Les Biens*, 2.ª ed., Paris, PUF, 1971, págs. 86, 270 e 372, e Jean-Philippe Lévy e André Castaldo, *Histoire du Droit Civil*, Paris, Dalloz, 2002, págs. 315 e 358 e segs.

(6) Para indicações bibliográficas, v. o meu texto citado na nota 4, pág. 263, nota 19.

que favorecem a construção dos edifícios, e se opõem às suas demolições (...).

§ 51. Este princípio do Direito Romano, que o *edifício cede ao solo* (...) ou se deve limitar precisamente no caso, em que o edifício se faz à vista e face do dono do solo sem sua contradição (...) ou quando o solo é de pouca, e o edifício de muita e muitas vezes superior estimação: *A pars proevalidior* deve decidir (...)." (7)

Com mais elegância e clareza, Correia Teles formulou assim as regras que propôs que fossem adoptadas:

"Se um edifício foi feito em boa fé na terra alheia, o edifício cede ao dono da terra, mas este é obrigado a pagar a benfeitoria". "Se o dono da terra teve conhecimento da edificação, que se fazia no seu terreno, e se não opôs até o edifício ser feito, nada mais pode pedir ao edificante do que a indemnização pelo terreno." (8)

Tais ideias seriam anteriores a Melo Freire (9) e passaram para Coelho da Rocha (10). Em todo o caso, é de dizer que nenhum desses autores antigos defendeu uma formulação tão radical quanto a do art. 1340, n.ºs 1 e 4 (11).

---

(7) Manuel de A. e Sousa de Lobão, *Casas Tratado Histórico, Enciclopédico, Crítico e Prático sobre Direitos e Questões em Matéria Criminal*, Lisboa, Livraria Clássica Editora, 1915, págs. 43 e 44 (sendo de frisar que a obra é de 1817). Nesta citação, como nas demais de autores antigos, suprimi as notas e actualizei a ortografia, mas não a pontuação; os sublinhados também são do original.

(8) *Digesto Português ou Tratado dos Modos de Adquirir a Propriedade, de a Gozar e Administrar, e de a Transferir por Derradeira Vontade; Para Servir de Subsídio ao Novo Código Civil*, tomo III, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1836, págs. 15 e 16 (n.ºs 67 e 70).

(9) Para comprovar o alegado "estilo de julgar do nosso reino", Lobão refere decisões judiciais citadas por Pegas (nos seus *Comentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae* — obra de finais do século XVII).

(10) V., deste autor, *Instituições de Direito Civil Português*, 6.ª ed., tomo II, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886, págs. 333 e 334 (§ 421) (sendo de frisar que a última edição da obra em vida do autor foi anterior ao Código de Seabra).

(11) Como resulta das transcrições feitas, quer Lobão quer Correia Teles exigiam, para que a acesso se desse em favor do construtor, que o proprietário do solo tivesse conhecimento da edificação.

Quanto ao que esteve consagrado no Código de Seabra, ao contrário do que é frequentemente dado a entender, era também diverso da lei actual. Na verdade, o art. 2306 do nosso primeiro Código Civil exigia, para que houvesse acessão a favor do construtor, que este possuísse, de boa fé e com justo título, o terreno. Nas palavras de Cunha Gonçalves, a acessão só era possível quando o autor das obras fosse "não só possuidor em nome próprio, mas até proprietário aparente" (12). A supressão pelo Código actual da exigência da posse como condição da acessão a favor do construtor não foi uma mera divergência de formulação, mas uma alteração significativa do sentido da lei. No Código de Seabra o construtor só podia adquirir se fosse possuidor, o que aproximava esta modalidade da acessão da usucapião. Na lei vigente o construtor pode adquirir ainda que não seja possuidor — acontecendo que numa grande parte dos casos discutidos em tribunal o construtor não é mesmo possuidor.

3. A originalidade do nosso Direito actual, nesta matéria, já mereceu a atenção e a crítica de vários autores (13), embora a relevância da regra resultante do art. 1340, n.ºs 1 e 4, apareça algo diminuída pelo seu tratamento a par dos outros casos de acessão. O propósito deste apontamento é contribuir para a crítica da regra especificamente em causa.

Não é demais sublinhar a relevância da situação-tipo em discussão, demonstrada pela grande quantidade de decisões judiciais que sobre ela têm recaído (14). Essa relevância é uma das motivações deste "apontamento".

---

(12) V. *Tratado de Direito Civil*, vol. XI, Coimbra, Coimbra Editora, 1936, pág. 758 (havendo também na pág. 754 palavras semelhantes).

(13) V., por todos, Júlio Manuel Vieira Gomes, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Porto, UCP, 1998, págs. 334 e segs.

(14) V. o meu texto citado nas notas 4 e 5, pág. 255, no texto e na citação que faço de Quirino Soares, na nota 1. Como curiosidade, diga-se que talvez não fosse assim no tempo de Lobão, que, a propósito da acessão industrial — sem prejuízo, quanto à edificação em solo alheio, de uma remissão para o seu "Tratado dos Direitos Relativos a Casas" — escreveu, nas suas "Notas a Melo": "As questões sobre tudo isto são hoje tão raras, que eu velho nunca as vi disputadas no foro" — *Notas do Uso Prático, e Críticas, Adições, Ilustrações e Remissões (à Imitação das de Muller a Struvio) sobre todos os Títulos e todos os §§ do Livro 3.º das Instituições do Direito Civil Lusitano do Dr. Pascoal José de Melo Freire*, por Manuel de Almeida e Sousa, de Lobão, Parte III, Lisboa, Imprensa Nacional, 1854, pág. 146 (sendo de frisar que a obra é de 1817).

4. As soluções para os problemas da acessão industrial imobiliária devem resultar da articulação de vários factores, que julgo poder reduzir aos seguintes seis:

- ser vantajoso para a sociedade preservar o valor económico;
- a protecção da confiança depositada na aparência dos bens <sup>(15)</sup>;
- a garantia da propriedade privada;
- a indesejabilidade de enriquecimentos injustificados à custa alheia;
- o favorecimento dos comportamentos que respeitem a Ética e o desfavorecimento dos que a desrespeitam;
- a coordenação com as regras administrativas que condicionam a divisão dos prédios.

5. Os dois primeiros destes factores justificam a acessão industrial em si mesma, independentemente do sentido em que ela se dê. O Direito opõe-se à separação do que foi unido porque isso equivale à destruição de valor económico e porque isso pode iludir a confiança depositada por terceiros quanto aos contornos físicos (e económicos) de um bem. O que os dois factores em causa desaconselham é a possibilidade, acolhida em várias ordens jurídicas, de o construtor, por decisão sua ou por imposição do proprietário do solo, retirar ou destruir a obra. Essa possibilidade, quando há incorporação da obra no solo, parece representar uma solução indesejável, à luz dos interesses a considerar.

6. Vejamos agora em que sentido apontam os seis factores enunciados quanto à escolha entre a acessão a favor do proprietário e a acessão a favor do construtor.

A preservação do valor económico parece totalmente neutra quanto ao princípio *superficies solo cedit*: essa preservação tanto é alcançada se a obra reverter para o dono do terreno como se o autor da obra puder adquirir o terreno.

---

<sup>(15)</sup> Lars van Vliet afirma que estes são os dois princípios que subjazem à acessão: "The first principle is preservation of value, that is preservation of the unity of things. (...) The second principle behind the concept of accession is the protection of third parties. If according to common opinion something is immovable is should be treated as such. Third parties should be able to trust their eyes. The buyer of a building should be certain, simply by inspecting the premises, what objects are included in the sale and transfer of the land. (...) If the outward appearance of unity is false the correct legal situation should be entered onto the land register. If, to give an example, accession is prevented by the creation of a right of superficies this right should be registered" (*Accession of Movable to Land, in Modern Studies in Property Law, edited by Elizabeth Cooke, vol. I, Hart Publishing, 2001, pág. 321*).

Igualmente neutra parece ser a indesejabilidade de enriquecimentos injustificados à custa alheia: assente que coisas de dois donos diversos se uniram e não devem ser separadas, o princípio é respeitado qualquer que seja o interveniente a tornar-se dono de tudo, desde que lhe seja imposta uma obrigação que evite o enriquecimento injustificado.

Um entendimento tradicional da propriedade, nomeadamente um que passe pela primazia dos imóveis, poderia jogar a favor do princípio *superficies solo cedit*. No entanto, assente a igual dignidade de todas as formas de propriedade e entendida esta num sentido amplo, também a garantia da propriedade parece neutra em relação à escolha em causa: o sacrificado será sempre um proprietário.

Quanto às considerações éticas, é difícil fazê-las com elevado grau de abstracção. Podem relevar, entre outros, o conhecimento que o autor da obra tinha do carácter alheio do terreno, o consentimento ou a passividade do dono do terreno, o tempo decorrido desde o início da obra, o valor relativo do terreno e da obra, etc... Nessa medida, parece difícil assentar a solução do problema, essencialmente, em tal tipo de considerações.

Já a protecção da confiança depositada quanto à aparência dos bens constitui nitidamente argumento em prol do princípio *superficies solo cedit*: na ausência de publicidade quanto à titularidade da obra, os terceiros tomá-la-ão como parte componente ou integrante do prédio.

Com mais força ainda, também a coordenação com as regras administrativas que condicionam a divisão dos prédios aponta a favor do princípio *superficies solo cedit* — pelo menos, se a alternativa passar por o objecto da acessão ser só a parte do prédio em que a obra é feita <sup>(16)</sup>. Na verdade, esta última hipótese equivale à possibilidade de por via da acessão desprezar as regras administrativas em causa — o que é inaceitável. Para usar palavras de António Pereira da Costa, o juiz cível, em virtude de o ordenamento jurídico ser um conjunto harmónico, ao analisar a acessão industrial imobiliária, está obrigado a ter em consideração as regras sobre loteamentos e destaques <sup>(17)</sup>.

O mesmo é dizer que a *prevalência do solo adaptada aos tempos actuais significa o respeito pela configuração jurídica dos imóveis*.

Esclareça-se que concluir pela bondade do princípio *superficies solo cedit* não implica negar todo e qualquer desvio ao mesmo. Parece-me, por exem-

<sup>(16)</sup> Como a nossa Jurisprudência, maioritariamente, tem defendido (v. o meu texto citado na nota 4, págs. 259 e 260).

<sup>(17)</sup> *Loteamento, Acessão e Usucapião: Encontros e Desencontros*, in *Rev. Cedoua*, n.º 11, ano VI, págs. 98 e 99.

plo, claramente defensável a solução de algumas ordens jurídicas consistente em atribuir ao proprietário do solo a possibilidade de optar entre a aquisição da coisa incorporada e a alienação do solo ao incorporante <sup>(18)</sup>. Em contraponto, como resulta do que escrevi antes, já me parece menos defensável, em atenção ao interesse da comunidade na preservação do valor económico, a atribuição ao proprietário do solo, na situação em apreço, do direito a exigir a destruição da construção <sup>(19)</sup>. Por outro lado, só se ganharia se se definisse claramente qual o espaço da autonomia privada na matéria — sempre sem esquecer a referida necessidade de coordenação com as regras administrativas que condicionam a divisão dos prédios. <sup>§</sup>

Julgo, pois, que a regra do art. 1340, n.º 1 e 4, do Código Civil deveria ser alterada no sentido de uma maior proximidade ao princípio *superficies solo cedit*, nos moldes que ficaram expostos.

**B) Direito do construtor de boa fé que, apesar de a obra construída ser de valor maior que o do terreno, não o quer adquirir**

1. Quase toda a Jurisprudência e a boa parte da Doutrina entendem que a aquisição prevista no art. 1340, n.º 1, do Código Civil não é automática, antes depende de declaração do autor da obra <sup>(20)</sup>.

Na Jurisprudência, foram nesse sentido maioritário os acórdãos do STJ de 4.4.95, da Relação de Coimbra de 30.3.82, 7.11.89 e 17.2.98, da Relação de Lisboa de 24.1.02, da Relação do Porto de 14.2.80 e de 6.12.90 e da Relação de Évora de 22.5.80 <sup>(21)</sup>. No sentido oposto foi o acórdão do STJ de 25.3.96 <sup>(22)</sup>.

Na Doutrina há mais equilíbrio. A automaticidade é defendida por Pires de Lima e Antunes Varela <sup>(23)</sup>, Augusto da Penha Gonçalves <sup>(24)</sup>, Júlio Manuel

<sup>(18)</sup> Como sucede no Direito espanhol (art. 361 do respectivo Código Civil).

<sup>(19)</sup> Como sucede no Direito francês, que dá ao proprietário do solo a possibilidade de escolher entre os três direitos (art. 555 do Code Civil).

<sup>(20)</sup> Por simplificação, continuo a tomar como paradigma a hipótese da "obra", mas o que escrever vale também para as hipóteses de sementeira e de plantação.

<sup>(21)</sup> Publicados, respectivamente, em: *BMJ* 446, *CJ* ano VII, tomo II, *CJ* ano XIV, tomo V, *CJ* ano XXIII, tomo I, *CJ* ano XXVII, tomo I, *CJ* ano V, tomo I, *CJ* ano XV, tomo V, e *CJ* ano V, tomo III.

<sup>(22)</sup> Publicado em *CJ-STJ* ano IV, tomo I.

<sup>(23)</sup> *Código Civil Anotado*, vol. III, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1987, págs. 165 e 166.

<sup>(24)</sup> *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., Lisboa, SPB, 1993, pág. 353.

Vieira Gomes <sup>(25)</sup> e talvez por Vaz Serra <sup>(26)</sup>. A necessidade de declaração do autor da obra é sustentada por Oliveira Ascensão <sup>(27)</sup>, Menezes Cordeiro <sup>(28)</sup>, Carvalho Fernandes <sup>(29)</sup>, Quirino Soares <sup>(30)</sup>, José Alberto R. L. González <sup>(31)</sup>, pelo autor deste texto <sup>(32)</sup> e talvez por António Carvalho Martins <sup>(33)</sup>.

2. Tomando, em qualquer caso, a posição preponderante na Jurisprudência como a tendencialmente vigente, surge a dúvida consistente em saber qual o regime a aplicar se o autor da obra não quiser adquirir.

A lei nada diz sobre o assunto. Quer tal se deva a o legislador histórico ter pretendido consagrar a aquisição automática ou a o legislador histórico ter pressuposto que o autor da obra exerceria sempre o seu direito de aquisição <sup>(34)</sup>, ou a qualquer outra razão, a verdade é que estamos perante uma lacuna.

A existência de uma lacuna — uma ausência (só) aparente de regulação, porque injustificada *de lege lata* — é demonstrada por duas regras que a lei estabelece para situações similares.

<sup>(25)</sup> *Ob. cit.*, págs. 354 e segs.

<sup>(26)</sup> Na sua *Anotação* ao acórdão do STJ de 2.7.73, Vaz Serra refere a opinião de Pires de Lima e de Antunes Varela e também a de Oliveira Ascensão, sem tomar partido claramente, embora os termos da sua exposição indiciem que se inclinaria para a opinião dos primeiros (RLJ n.º 3516, ano 107, Junho de 1974, pág. 47).

<sup>(27)</sup> No artigo *Acessão*, publicado na *Scientia Iuridica*, tomo XXII, n.ºs 120/121, Janeiro-Abril 1973, *maxime* págs 333 e segs., e no seu livro *Direito Civil Reais* (na 5.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, págs. 306 e segs.).

<sup>(28)</sup> *Direitos Reais*, Lisboa, Lex, reimpressão do original de 1979, pág. 503.

<sup>(29)</sup> *Lições de Direitos Reais*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 1999, págs. 330 e 331.

<sup>(30)</sup> *Acessão e Benfeitorias*, in *CJ-STJ IV*, tomo I, pág. 17.

<sup>(31)</sup> *Direitos Reais Introdução*, Lisboa, SPB, 1997, págs. 133 e 134, e *Direitos Reais (Parte Geral) e Direito Registral Imobiliário*, Lisboa, Quid Juris, 2001, pág. 122.

<sup>(32)</sup> V. o texto citado na nota 4, págs. 260 e 261, e *Curso de Direitos Reais*, Cascais, Principia, 2002, pág. 90.

<sup>(33)</sup> Este Autor dedica várias páginas da sua obra *Acessão* (reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1999) ao problema em causa. Na medida em que essas páginas consistem sobretudo na exposição dos argumentos das duas correntes, não é claro qual delas é perfilhada. Parece-nos, no entanto, pelo que consta da pág. 128, que o Autor se inclina para a não automaticidade.

<sup>(34)</sup> Não se deve desvalorizar o problema dizendo precisamente que o autor da obra tenderá a exercer o seu direito de aquisição, pois pode bem suceder que o autor da obra, mesmo que esteja interessado na acessão a seu favor, não tenha meios para pagar o valor que o preceito manda pagar. De resto, seja maior ou menor a relevância prática do problema, há que resolvê-lo...

Uma é a regra relativa a obra feita de má fé. O autor da obra tem sempre direito a algo, embora à escolha do dono do terreno: ou a recuperar o que incorporou, ainda que suportando os custos da restituição do terreno ao seu estado anterior, ou a ser indemnizado segundo as regras do enriquecimento sem causa (art. 1341).

Outra é a regra relativa a obra feita de boa fé mas em que o valor acrescentado é menor que o do prédio antes das obras. O autor das obras tem direito a ser indemnizado pelo seu valor, ao tempo da incorporação (art. 1340, n.º 3).

Da primeira regra pode retirar-se um argumento de maioria da razão. Da segunda um de igualdade de razão.

Acresce que a rejeição do locupletamento à custa alheia é um princípio substancial orientador da nossa ordem jurídica (35).

Aproveite-se a ocasião para notar que este é um daqueles casos em que a analogia é meio de descoberta de lacunas, para além de ser também ferramenta para o seu preenchimento.

3. Perante os outros lugares do sistema a que fiz referência, parece, pois, que se impõe reconhecer ao autor das obras, no caso que temos em vista, algum direito. Qual seja esse direito é o que se pode discutir: ser indemnizado pelo valor das obras (como estabelece o art. 1340, n.º 3) ou receber o valor fixado segundo as regras do enriquecimento sem causa (como estabelece o art. 1341 para o caso em que o dono do terreno decide fazer sua a obra)?

As questões relativas aos valores a pagar nas várias hipóteses de acesso têm merecido a atenção dos autores portugueses que têm estudado o enriquecimento sem causa, nomeadamente Pereira Coelho (36), Leite de Campos (37), Luís Menezes Leitão (38) e Júlio Gomes (39).

---

(35) Não será por acaso que Canaris inclui o princípio da restituição do enriquecimento injusto no curto elenco de princípios que refere — a que atribui carácter de exemplos, é certo — como constitutivos do Direito alemão vigente (*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. da 2.ª ed. do original alemão, de 1983, Lisboa, Gulbenkian, 1989, pág. 80).

(36) *O Enriquecimento e o Dano*, reimpressão (de original de 1970), Coimbra, Almedina, 1999, págs. 79 e segs.

(37) *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Coimbra, Almedina, 1974, págs. 504 e segs.

(38) *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil*, Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1996, págs. 693 e segs. e 830 e segs.

(39) *Ob. cit.*, págs. 329 e segs.

Dos quatro autores em causa, Júlio Gomes terá sido o que mais clara e exactamente formulou as relações entre acessão, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil.

Entre as suas afirmações conclusivas, permito-me salientar:

"Julgamos, por isso, que, quando não há culpa dos intervenientes, o que está em jogo, apesar da linguagem da lei, é a restituição de um enriquecimento — particularmente quanto ao proprietário «passivo», o qual não tomou a iniciativa (e não deve suportar o risco concomitante) e a quem não pode ser imputada qualquer acção e que, nas hipóteses de ignorância, não omitiu, tão pouco, um hipotético dever de advertir outrem." (40)

(...)

"Em suma, pensamos que só pode haver lugar, no contexto da acessão, a responsabilidade civil quando se puderem afirmar os pressupostos normais desta e, designadamente, a ilicitude e a culpa. Quando tais pressupostos não estiverem presentes, o que existe é um afloramento do enriquecimento sem causa, impondo-se a aplicação, com algumas adaptações, das regras do instituto do enriquecimento sem causa como fonte autónoma de obrigações. Não atribuímos um peso decisivo à circunstância de a lei usar, amiúde, a expressão «indenização» — tê-lo-á feito, porventura, até por inércia e por força da tradição, uma vez que essa era já a terminologia empregue pelo Código anterior, o que bem se compreende, pois que ele não conhecia a figura geral do enriquecimento sem causa." (41)

Tomando como boas tais teses de Júlio Gomes, não há diferença entre a estatuição do art. 1340, n.º 3, e a do art. 1341 (na parte relevante): em ambos os casos se tratará de restituição de enriquecimento injustificado e a medida da restituição será igual.

4. O caso a que este apontamento é dedicado vale como demonstração excelente de que não é possível proceder ao "achamento do Direito" como um mero jogo formal. Na verdade, há pelo menos dois raciocínios diferentes do da solução que preconizámos que se mostram tentadores. Vejamos quais e por que devem ser rejeitados.

5. Um desses raciocínios consiste em, voltando um passo atrás no vá-  
vém próprio da aplicação do Direito, acabar por localizar no silêncio da lei

---

(40) *Ob. cit.*, pág. 371.

(41) *Ob. cit.*, págs. 374 e 375.

sobre a hipótese um argumento acerca da questão da automaticidade da aquisição — em favor desta. É o que fazem Pires de Lima e Antunes Varela <sup>(42)</sup>, com o apoio de Júlio Gomes <sup>(43)</sup>.

O argumento é bom, mas — mesmo somado aos outros bons argumentos que existem em favor da tese da automaticidade <sup>(44)</sup> — deve ceder perante os que repousam na coordenação da solução do problema em causa com outros elementos do sistema. Na verdade:

- a não automaticidade conjuga-se melhor com o princípio da autonomia privada do que a solução oposta (não há razão para proibir o autor da obra e o dono do solo de acordarem noutra solução que não a acessão a favor do construtor);
- a não automaticidade conjuga-se melhor com a coordenação com as regras administrativas sobre a divisão dos prédios do que a solução oposta (a automaticidade, sobretudo quando se entenda que o objecto da acessão é apenas a parte do prédio em que a obra é feita, pode conduzir ao "choque" com o respeito por tais regras);
- a não automaticidade conjuga-se melhor com a necessidade de determinação dos valores relativos da obra e do prédio — se o valor acrescentado é maior, menor ou igual ao do prédio antes da obra — do que a solução oposta (muitas vezes, a determinação em causa exigirá avaliações cuidadas, que não são compatíveis com a automaticidade da transferência de domínio).

---

<sup>(42)</sup> "(...) se a aquisição se não verificasse automaticamente, *ope legis*, o legislador não deixaria de ter regulado também — como fez nos artigos 1333.º, n.º 4, e 1335.º, n.ºs 1 e 2 — as consequências de o beneficiário da acessão não pretender adquirir a propriedade dos bens que acederam à sua coisa. Tal omissão é sinal seguro de que o legislador optou, nos artigos 1339.º e 1340.º, por uma solução unitária e imperativa — a da aquisição automática ou imediata —, e não por soluções alternativas, dependentes da vontade dos titulares ou de um dos titulares dos interesses em conflito." (*ob. cit.*, pág. 166). É, porém, de notar que este argumento só surgiu na 2.ª edição da obra em causa, de algum modo como resposta à crítica de Oliveira Ascensão feita no artigo intitulado *Acessão* que já citei (na 1.ª ed. do vol. III do *Código Civil Anotado*, v. págs. 149 e 150).

<sup>(43)</sup> *Ob. cit.*, págs. 357 e 358.

<sup>(44)</sup> Que são a letra do art. 1340, n.º 1 ("adquire"), e o contraste entre essa letra e a de outras hipóteses de acessão, como a do art. 1343, n.º 1 ("pode adquirir") — cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, págs. 165 e 166.

A conclusão que se deve retirar dessa melhor coordenação da não automaticidade com outros elementos de sistema é, inevitavelmente, a de que a aquisição em causa não é automática.

6. O outro dos raciocínios referidos consiste em, admitindo embora que no caso do art. 1340, n.º 1, a acessão não opera automaticamente, sustentar que se o autor das obras não quiser adquirir ele não tem nenhum direito, interpretando o silêncio da lei como voluntário e negando a existência de qualquer lacuna.

A opção entre o reconhecimento de uma lacuna e a aplicação analógica de uma norma sobre um caso aparentemente semelhante não é viável como operação puramente formal, ou seja, sem pesar conteúdos. Citemos passos de três dos autores que mais profunda e claramente o afirmam:

- Karl Larenz: "A questão de se uma regra legal permite um argumento pela inversa ou se, quando isso não acontece pode oferecer as bases para um argumento de analogia — uma analogia particular ou, em conexão com outras regras, uma analogia geral —, para um *argumentum a majore ad minus* ou para reconhecer um princípio jurídico geral já não é, por conseguinte, uma questão de lógica formal, mas da teleologia da lei e da valoração aí expressa, quer dizer, da *ratio legis*. Mas a decisão a favor de uma ou outra opção de nenhum modo é, como poderia parecer numa consideração superficial, para deixar à apreciação subjectiva de quem em cada caso julga, antes há-de fazer-se prudentemente com os meios do pensamento orientado a valores, o pensamento teleológico." (45)
- Karl Engisch: "(...) a escolha entre o argumento de analogia e o argumento *a contrario* não pode de facto fazer-se no plano da pura lógica. A lógica tem que combinar-se com a teleológica." (46)
- Arthur Kaufmann: "Tenha-se bem presente, que onde há uma conclusão por analogia é sempre logicamente possível também uma conclusão *a contrario*, pois todos os seres são, naturalmente em grau diverso, não só semelhantes mas também diferentes entre si. A dife-

(45) *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª ed. (trad. da 6.ª ed. do original alemão, de 1991), Lisboa, Gulbenkian, 1997, pág. 555.

(46) *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed. (trad. da 8.ª ed. do original alemão, de 1983), Lisboa, Gulbenkian, 1988, pág. 292.

rença entre ambos, isto é, a escolha do *tertium comparationis* resulta dum *judzo de valor*." (47)

A situação em apreço é afim das reguladas nos arts. 1341 e 1340, n.º 3. Nestas duas a lei não permite ao dono do terreno fazer seu o valor das obras sem mais. Por que o permitiria no caso que nos ocupa? Isso seria contraditório com o princípio substancial que subjaz aos arts. 1341 e 1340, n.º 3, e que orienta muitas outras soluções da nossa ordem jurídica.

Se, como afirmam Canaris e outros autores, uma lacuna é uma "incompletude contrária a um plano" (48), parece impôr-se ver na situação que abordamos uma tal incompletude. O plano em causa é o conjunto das regras resultantes dos arts. 1341 e 1340, n.º 3, articuladas com o princípio da proibição do enriquecimento injusto. A incompletude é a falta de previsão da recusa do autor das obras a adquirir o terreno.

Defender o que defendo significa entender que as noções sustentadas quanto a questões de Justiça material contribuem decisivamente para a fixação do sentido da lei. É sem pejo que o confesso...

Setembro de 2004

---

(47) *Filosofia do Direito* (trad. do original alemão, de 1997), Lisboa, Gulbenkian, 2004, pág. 114.

(48) *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlim, Duncker & Humblot, 1964, *maxime* pág. 16. Entre os autores portugueses o que mais de perto utilizou tal formulação terá sido J. Baptista Machado, na sua *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1983, págs. 194 e 195.