

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



Conceito de Esbulho

Catarina Filipa Paulino Pedro

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

2021

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



Conceito de Ebulho

Catarina Filipa Paulino Pedro

Dissertação orientada pelo Senhor Professor Doutor Nuno
Andrade Pissarra,

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

2021

Índice

Agradecimentos	5
Resumo.....	6
Palavras-chave.....	6
Abstract.....	7
Abreviaturas	8
Introdução.....	9
Parte I- Da análise da doutrina.....	12
Capítulo I - Conceito de Esbulho.....	12
Capítulo II- Posse.....	35
Parte II- Da análise crítica	40
Capítulo I- Restituição da coisa vs. restituição da posse.....	42
Capítulo II- Privação da Posse.....	43
1. Privação da Posse em situações de Perturbação.....	45
2. Desvendar a Privação	48
3. Alcance da ação de Restituição.....	52
4. Atos continuados	55
5. Privação Hipotética	57
Capítulo III- Privação da Coisa	58
Parte III-Da tomada de Posição	61
Capítulo I- Quebra do <i>Corpus Possessório</i>	63
Capítulo II- Artigo 1267.º, n.º 1, al. d)	66
Capítulo III- Sobreposição de Posses	68
Capítulo IV- Requisitos para a formação do <i>Corpus Possessório</i> , acompanhado do <i>animus</i>	70
Capítulo V- Legitimidade/justificação.....	71

Capítulo VI- Vontade do Possuidor.....	74
Capítulo VII- Oposição do anterior Possuidor.....	75
Capítulo VIII- Pretensão/intenção.....	75
Capítulo IX- Permanência.....	77
Capítulo X- Atos jurídicos	78
Capítulo XI- Dano vs. Esbulho.....	79
Capítulo XII- Alcance da Restituição e da Manutenção.....	80
Capítulo XIII- Esbulho no âmbito da propriedade?.....	83
1. Artigo 1312.º, do Código Civil.....	86
Conclusão.....	91
Bibliografia.....	94
Jurisprudência	97

Agradecimentos

Muitas vezes as palavras não são suficientes para expressar o sentimento de gratidão, mas não é por isso que deixo de as invocar. Agradeço a todos aqueles que contribuíram de forma direta e indireta para a construção deste percurso.

Agradeço em especial a Deus. Tudo o que sou, foi-me primeiramente dado.

Agradeço à minha Mãe e ao meu Pai, porque sem eles nada disto teria sido possível.

Agradeço à Graça Sá, pelo carinho.

Agradeço ao senhor Professor Doutor Nuno Andrade Pissarra, por me orientar.

Bem-haja a todos!

Resumo

O presente estudo visa chegar ao conceito de esbulho, na medida em que existe falta de consenso na qualificação dos factos como perturbação e/ou esbulho. Isto é, relativamente aos casos da vida corrente, ocorre alguma discordância, entre a doutrina, no momento de qualificar os factos. Tal circunstância parece resultar da abstração e da dificuldade de entender o conceito fornecido, que muitas vezes se torna de difícil aplicação.

Assim, de forma a superar as dificuldades encontradas na aplicação do conceito fornecido pela doutrina, será importante a revisão do conceito de esbulho, anteriormente fornecido e, conseqüentemente, a criação de um conceito mais idóneo e mais ajustado à realidade, de forma a extinguir a discrepância no momento da aplicação do conceito de esbulho aos factos.

No presente trabalho, procedeu-se à análise de alguns autores, de forma a chegar ao conceito de esbulho e, assim, indagar acerca do percurso de raciocínio realizado por estes. Considerando esta análise, existem maioritariamente duas posições: por um lado, a privação da posse ou do seu exercício, como a perda da posse e, por outro, a privação da coisa. Contudo, alguns autores pronunciam-se sobre o esbulho como a perda da posse efetiva.

Posto isto, foi feita ainda a análise do ordenamento jurídico, incluindo os seus princípios, seguido do cruzamento entre este e as posições preconizadas pelos autores observados, de forma a captar a idoneidade das suas correntes doutrinárias. Após toda a observação e indagação, foi construído um novo percurso conceptual de acordo com uma nova linha de raciocínio. Assim, temos esbulho como a quebra do *corpus possessório*, proveniente de uma posse incompatível.

Palavras-chave: esbulho, perturbação, ações possessórias, *corpus possessório*, posse,

Abstract

The present study aims to arrive at the concept of dispossession, to the extent that there is a lack of consensus in the qualification of the facts as disturbance and / or dispossession. That is, in the cases of life, there is some disagreement between the doctrine when it comes to qualifying the facts. This circumstance seems to result from the abstraction and the difficulty in making sense of the concept provided, which often becomes difficult to apply.

Thus, in order to overcome the difficulties found in the application of the concept provided by the doctrine, it is important to review the concept of dispossession, previously provided and, consequently, the creation of a more suitable and adjusted to reality concept, in order to extinguish the discrepancy when applying the concept of dispossession to the facts.

In the present work, an analysis of some authors was carried out, in order to arrive at the concept of dispossession and, thus, to investigate the reasoning path carried out by them. So there are mostly two positions, these are the deprivation of possession or its exercise, like the loss of possession and, on the other hand, the deprivation of the thing. However, some authors pronounce themselves on the dispossession as the loss of effective possession.

That said, the legal system and its principles were also observed, followed by the alignment between this and the line of reasoning of the authors observed, in order to capture its suitability. After all the observation and questioning, a new route was built according to a new line of reasoning. From which it results, such as the breaking of the possessory *corpus*, resulting from an incompatible possession.

Key-word: dispossession, disturbance, possessory actions, possessory *corpus*, possession,

Abreviaturas

CC Código Civil

CPC Código de Processo Civil

Introdução

Com o presente trabalho pretende-se chegar ao conceito de esbulho. Para tanto, vamos analisar diferentes autores que tratam o esbulho a propósito das ações possessórias, visto que consideram o esbulho como a violação da posse. Pelo que, consequentemente, fazem a distinção entre perturbação e esbulho.

Uma vez que a distinção entre esbulho e perturbação se torna muitas das vezes difícil, o artigo 609.º, n.º 3 do Código Processo Civil veio apresentar uma solução. Assim, o juiz pode ordenar a restituição de posse, mesmo que o autor somente tenha pedido a manutenção ou vice-versa^{1. 2}

Por esta razão, pode aparentar que a distinção entre perturbação e esbulho deixou de ter aplicação prática, na medida em que independentemente do que o autor requeira na sua ação, nos termos do artigo 1278.º do código civil, o artigo 609.º, n.º 3 do código processual civil, veio esvaziar tal distinção, na medida em que é indiferente para o juiz o que tenha sido pedido pelo autor.

Contudo, o juiz, ainda assim, tem de tomar posição, de modo a decidir a razão da causa e, dessa forma, justificar a aplicação da respetiva ação possessória. Portanto, significa que tem sempre que aplicar o conceito de esbulho ou perturbação. Para além disso, como Rui Pinto Duarte enuncia, nos tipos de defesa judicial da posse, é necessário distinguir esbulho para as providências cautelares de restituição provisória e outras providências cautelares.³

Assim, nos termos do artigo 1279.º do Código Civil, o possuidor tem direito a ser restituído, ainda que provisoriamente, no caso de ter sido esbulhado com violência. Ora, torna-se claro que para aplicação deste procedimento cautelar tem de ocorrer esbulho e, por essa forma, é necessária a aplicação do conceito de esbulho.

A providência cautelar requer a verificação cumulativa de três requisitos: a posse, o esbulho e a violência⁴. E, por isso, o detentor que seja privado da coisa violentamente não pode fazer-se usar deste meio de defesa, uma vez que não é possuidor. Este meio pretende defender a posse e não a mera detenção⁵.

¹ Cf. José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017 pág. 186 ; L. P. Moitinho De Almeida, Restituição de posse e ocupação de Imóveis, 5ª Edição, Coimbra, 2002, Pág.

² Cf. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Direitos Reais, 7.º edição, Coimbra: Almedina, 2018, Pág. 150.

³ Rui Pinto Duarte, Curso de Direitos Reais, 4.º edição, págs. 485 e 486.

⁴ José A. R. L. González, Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 487/14.4T2STC.E2.S1, de 19/10/2016 (Restituição provisória da Posse- Esbulho- Violência- Violência sobre a coisa- Recurso de revista- Oposição de julgados- Procedimentos cautelares)

⁵ António Menezes Cordeiro, A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais, 3.º edição, 2000, pág. 143.

Apesar de não se considerar o elemento fundamental dos procedimentos cautelares, *periculum in mora*, ainda assim estamos perante um procedimento cautelar que exige estes três pressupostos, que quando não verificados aplica-se os anteriores artigos do capítulo enunciado anteriormente.

Posto isto, é necessário a verificação de esbulho, assim se estivermos perante um facto de perturbação, já não é possível aplicar a providência cautelar.

Importa ainda mencionar, na medida em que o esbulho pode ter aplicação prática, quer nas ações possessórias, quer na ação de manutenção como de restituição, o réu pode alegar na contestação ser o proprietário da coisa, isto é, ter o direito de propriedade sobre a coisa possuída⁶, na qual se designa tradicionalmente *exceptuo domini*⁷. Pelo que "se o juiz puder conhecer logo a *questão de propriedade*⁸ e reconhecer o direito, este prevalece sobre a posse e o pedido de manutenção ou restituição não pode prosseguir.⁹

A justificação para admitir a discussão sobre o direito real "numa ação possessória, em que o fundamento está na posse, é de economia processual"¹⁰. Pois quando está em causa a posse e um direito real, "a posse cede sempre no confronto com o direito real", uma vez que aquela representa uma tutela provisória e este uma "atribuição definitiva a da coisa ao titular"¹¹.

Posto isto, a tutela da ação possessória só pode ser mantida ou restituída, nos termos do artigo 1278º, n.º 1 do Código Civil, enquanto não for convencionada a questão da titularidade do direito. Pelo que, em princípio, não acontece na restituição provisória da posse, uma vez que não ocorre contraditório, a restituição da posse é "uma decisão meramente preliminar". No entanto, o procedimento cautelar necessita de uma ação principal que a sustente em conformidade com o artigo 364º CPC. Nestes termos, a posse já cederá se for invocado o direito real de gozo que seja reconhecido.

Portanto, nesta situação, o esbulho não teria importância, dado que a posse cede em presença do direito real de gozo.

Em síntese, o esbulho tem sido tratado por diversos autores ao longo do tempo, balançando o seu conceito entre a distinção de perturbação e esbulho.

Como pressuposto do esbulho surge a atuação do terceiro que viole a posse. De forma que, para percebermos se estamos perante um esbulho quando há uma violação

⁶ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 327 e José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 552.

⁷ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 552.

⁸ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 328, itálico do autor.

⁹ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 328.

¹⁰ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 553.

¹¹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 553.

da posse, é necessário fazer corresponder um critério delimitador entre o esbulho e a perturbação.

Parte I- Da Análise da Doutrina

Capítulo 1- Conceito de Esbulho

Nas palavras de Ribeiro de Magalhães, a turbação obriga o possuidor a recorrer à ação possessória de forma a ser “mantido ou conservado na sua posse”¹². A turbação é “todo o facto material, que directamente, ou indirectamente”, ofenda a posse de outrem ou configure uma pretensão contrária a essa, desde que não prive o possuidor da sua posse,¹³ uma vez que a privação constituiria já situação de esbulho.¹⁴

A ofensa ocorre a partir do momento em que o possuidor não pode gozar da sua posse sem limites, isto é, existem embaraços e controvérsias.¹⁵ Configura como necessário haver um ato material, pelo qual não basta uma “turbação verbal” ou um ato jurídico, pois considera que o possuidor não é ofendido na sua posse por esses atos, porque sendo a posse a “retenção ou fruição de qualquer” coisa, não é por palavras ou por atos jurídicos que o possuidor vê a sua posse ofendida.¹⁶

Não é necessária a verificação de qualquer dano material, basta que ocorra uma ofensa à posse ou uma pretensão contrária a esta, no sentido de que ao terceiro basta usar a coisa contra a vontade do possuidor. No entanto, quando haja danos, deve ser indemnizado pelo prejuízo (anterior artigo 496º do código de Seabra, que poderá fazer-se corresponder o atual artigo 1284º Código Civil).

O ato deve ser dirigido contra a posse e não contra a pessoa, para além disso, deve existir uma pretensão a um direito ou uma contestação da posse do possuidor, por parte do autor do facto¹⁷. Consequentemente, ao ato de turbação é necessário que haja intenção de turbar, pelo que se o autor do facto conseguir provar que não tinha intenção de turbar e das circunstâncias como da natureza do facto convergirem, então não deve considerar-se como turbação.¹⁸ Assim, a diferença entre dano e esbulho, apesar de o facto material que se forma em ambas as situações, reside para este autor na pretensão ao direito. Apesar de existir uma atuação sobre a coisa, que prejudica o anterior

¹² Cf. Antonio Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das ações possessórias e seu processo, 1895, pág. 83.

¹³ Cf. Antonio Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das ações possessórias e seu processo, 1895, pág. 84, n.º 118.

¹⁴ Cf. Antonio Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das ações possessórias e seu processo, 1895, pág. 85.

¹⁵ Cf. Antonio Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das ações possessórias e seu processo, 1895, pág. 86, n.º 125.

¹⁶ Cf. Antonio Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das ações possessórias e seu processo, 1895, pág. 84, n.º 119.

¹⁷ Cf. Antonio Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das ações possessórias e seu processo, 1895, pág. 86, n.º 126.

¹⁸ Cf. Antonio Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das ações possessórias e seu processo, 1895, pág. 88.

possuidor, a diferença decorre da tal pretensão de agir como proprietário. Poderemos, por isso, considerar que na situação de dano não há uma constituição de posse, apenas uma alteração ou diminuição na utilidade da própria coisa ao contrário do esbulho?

Ribeiro Magalhães exemplifica com casos a diferença entre perturbação e esbulho, nomeadamente, o dono de um prédio que notifica o seu vizinho, o dono do prédio contíguo, para este proceder ao corte dos ramos da árvore que ultrapassa a linha divisória e, por isso, propendem sobre o seu prédio. Como o vizinho nada faz, o que notificou manda proceder ao corte dos ramos; contudo, os ramos são cortados para além da linha divisória, isto é, na parte em que propendem sobre o prédio vizinho. Observa o autor que pela natureza e das circunstâncias do ato não se retira qualquer intenção de impedir o exercício da posse, pelo qual não considera o facto como turbativo, não há um ato ofensivo de posse.¹⁹ Apenas ocorrem factos que provocam danos, assim parece existir uma linha divisória entre os atos violadores da posse daqueles que apenas provocam danos na coisa e que acabam por configurar uma limitação no exercício da posse.

Parece-nos que existe uma fronteira muito ténue entre dano e violação da posse, contudo a pretensão ao direito a que o autor se refere tem semelhanças com o *animus*. Ora, tal intenção serve no nosso ordenamento apenas para excluir a posse, nos termos do artigo 1253.º, al. a) do Código Civil. Assim, podemos pressupor que a diferença entre dano e a violação da posse seria entre formar-se uma posse ou quando essa fosse excluída. Ou, indo para além disso, poderemos dizer que a diferença resulta de que na violação da posse, seja ela perturbação ou esbulho, as dificuldades surgidas no aproveitamento do direito resultam porque existe um terceiro que ao atuar sobre a coisa impede o anterior possuidor. E, por outro lado, relativamente ao dano, apesar de também existir essa atuação que pode privar ou dificultar o anterior possuidor, existe uma alteração na própria coisa que diminui o aproveitamento da coisa por qualquer possuidor ou detentor material da coisa

A propósito da ação de manutenção da posse, refere o mesmo autor que não se pode exigir a demolição de obras, uma vez que isso seria mais do que manter o possuidor na posse. "A demolição de obras manifesta a existência de um facto permanente constitutivo do esbulho, que só pela acção de restituição de posse se pode desfazer".²⁰

A fim de clarificar o conceito, recorre ao dicionário para aferir o sentido das palavras, na qual esbulho será o ato de tomar alguma coisa a alguém contra a sua vontade. Configura esbulho como a privação do possuidor exercer os seus direitos na

¹⁹ Cf. António Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das acções possessórias e seu processo, 1895, pág. 88.

²⁰ Cf. António Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das acções possessórias e seu processo, 1895, pág. 107, n.º 166.

qualidade deste²¹, ficando privado da sua posse, na qual se pode refletir por uma privação inteira da coisa, ou parcial, ou até de um direito inerente. Não basta que o possuidor seja “inquietado” na posse, tem de existir uma privação, por isso, considera que a passagem pelo prédio alheio ou o corte de árvores em prédio alheio não é esbulho, porque não ocorre privação nem o autor do facto passa a ter posse.²² Mas, será que não poderemos considerar que o cortar das árvores em prédio alheio não é esbulho? Pois, o possuidor não poderá nunca mais fruir aquelas árvores. Apenas na situação de entrega da madeira poderá usar o que sobrar da árvore/pinheiro. Obviamente que o corte de arvores é diferente do corte de ramos de árvores e, por isso, não deixa de existir uma privação, na medida em que o possuidor não pode fruir ou usar a árvore da forma que lhe apraz. Pelo que, sendo as árvores parte constituinte do prédio, não deixa de ocorrer um esbulho parcial. Ou, devemos antes considerar como esbulho, pois não podemos esquecer que quando as árvores são cortadas não há forma de repor a situação e, dessa forma, ocorre uma alteração substancial na coisa que implica a diminuição da utilidade da coisa?

Como turbação já considera, nomeadamente, o indivíduo que entra num prédio, cuja posse pertence a outro, e corta alguns pinheiros; a destruição de uma parede, mas desde que todos os materiais permanecem em poder do antigo possuidor; o tapume num rio que ao produzir um refluxo de água vai prejudicar o prédio marginal superior, no entanto se o tapume for permanente já considera como esbulho; justifica dizendo que a obra ofende indiretamente a posse do possuidor, que não poderá fruir o prédio como antes, vê-se privado por completo da sua posse, e que se constitui uma servidão²³. Todavia, como pode a qualidade de permanência transformar o mesmo facto de perturbação para esbulho? A permanência consolida a privação, na medida em que surge a ideia inerente de não poder fruir como antes, enquanto se for temporário apesar de momentaneamente não poder fruir, poderá fazê-lo depois?

Parece-nos que este autor, apenas, define como critério de esbulho quando ocorre privação da posse, mas não determina o momento em que essa privação ocorre e, por isso, em certas situações, em que parece ocorrer privação, determina como mera perturbação. Para além disso, concebe a ideia de existir um critério de permanência que altera a qualidade de esbulho ou perturbação.

²¹ Cf. António Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das acções possessórias e seu processo, 1895, pág. 125.

²² Cf. António Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das acções possessórias e seu processo, 1895, pág. 127.

²³ Cf. António Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das acções possessórias e seu processo, 1895, pág. 85 e 86.

Dias Silva, a propósito da restituição provisória da posse, nos termos dos artigos 392.º a 395.º do Código de Processo Civil de 1961²⁴, infere três requisitos da lei, que são “a existência de posse, a verificação de um acto de esbulho, e o emprego de violência pelo esbulhador”²⁵. Na enunciação dos requisitos, configura esbulho como a privação da posse e distingue da turbação, que, por sua vez, não acarreta a perda²⁶. Na turbação basta que haja inquietação, sem privação, e dá, ainda, o exemplo de num terreno, terceiro ir cortar lenha ou passar por este, na qual pode também ter posse, desde que não se arrogue o exclusivo autor de tais factos.²⁷ Estaríamos perante turbação e não esbulho, “porque o possuidor não foi privado da sua posse”²⁸.

Portanto, tem como elementos característicos do esbulho a privação da anterior posse, na qual ocorre perda, e o terceiro deve arrogar-se o exclusivo autor dos factos, ou seja, toda a atuação material do terceiro sobre a coisa depende da intenção deste para ser caracterizada como esbulho. Parece-nos estar aqui vinculada a ideia de *animus*, na medida em que se refere à intenção “de exercer um poder sobre as coisas (o direito de propriedade, de servidão, de arrendamento) no próprio interesse.”²⁹. Na situação de terceiro construir caminho sobre prédio alheio, só estaríamos perante esbulho, caso o autor do facto ao construir tal caminho o fizesse como proprietário e não como mero detentor ou como possuidor de uma servidão.

Ou estará implícita ideia diferente, na medida em que está antes pressuposto que o terceiro apenas é o único a praticar atos materiais sobre a coisa, o que implica a impossibilidade da prática de atos do anterior possuidor e, conseqüentemente, a privação da posse?

Assim, o autor parece admitir que na perturbação, o terceiro que pratica facto perturbador da posse pode também passar a ter posse, porém o possuidor perturbado tem ainda de conseguir realizar os mesmos factos.

Mas, ainda assim, o possuidor ficaria privado, relativamente ao corte da lenha, pois se o pretende-se fazer já não o poderia. Apenas poderia usar a lenha cortada, até porque, em última instância, o possuidor poderia necessitar de lenha maior e o terceiro ter cortado de forma que não tenha utilidade para aquele. Portanto, podemos sempre considerar que ficamos privados dessa vertente da posse. Por isso, perguntamos se a privação da posse

²⁴ Apesar de não estar em vigor, o artigo tem correspondência no atual Código Processual Civil.

²⁵ Cf. Manuel Dias da Silva, *Processos Cíveis Especiais*, 2.º edição, 1919, pág. 55.

²⁶ Cf. Manuel Dias da Silva, *Processos Cíveis Especiais*, 2.º edição, 1919, pág. 57.

²⁷ Cf. Manuel Dias da Silva, *Processos Cíveis Especiais*, 2.º edição, 1919, pág. 57.

²⁸ Cf. Manuel Dias da Silva, *Processos Cíveis Especiais*, 2.º edição, 1919, pág. 57, o autor faz remissão para “Questões Subsequente em Processo Civil”, págs. 382 e 383.

²⁹ Cf. Manuel Dias da Silva, *Processos Cíveis Especiais*, 2.º edição, 1919, pág. 56.

é em todas as suas vertentes, ou se poderemos considerar que a privação da posse pode ocorrer só nalgumas modalidades/vertentes?

Manuel Rodrigues Júnior considera que as modalidades das ações possessórias dependem de como a posse pode ser violada. Estas consistem em ameaças para extinguir a posse, atos que modificam ou limitem o seu exercício ou, ainda, impedem por completo o seu exercício. Deste modo, as ameaças seriam rematadas com as ações de prevenção, as turbações com as de manutenção e as privações da posse com as de restituição.³⁰

Enuncia a definição clássica de AUBRY e RAU na qual o ato de perturbação para estes é “todo o facto material ou todo o acto jurídico que directa ou indirectamente constitui ou implica uma pretensão contrária à posse de outrem”³¹. Manuel Rodrigues elenca três elementos caracterizadores da perturbação, na qual um deles é fundamental para distinguir do esbulho. Uma vez que onde termina a perturbação começa o esbulho.

São estes o ato material que diminui ou altera o gozo ou o modo de exercício do direito possessório, na qual não pode ser jurídico, uma vez que, daria lugar à ação de prevenção, pois não constituem uma violação direta e imediata da posse³². O segundo elemento é uma pretensão contrária à posse de outrem. Não basta que o ato viole a relação material sem qualquer intenção de contrariar a posse, pois seria apenas um dano, esta intenção de contrariar ou uma pretensão contrária significa “a intenção de constituir uma posse contrária”³³. Assim, consideramos que o facto de o autor elencar uma pretensão contrária, na mera perturbação, parece-nos que existe também nesta situação, tal como no esbulho, uma intenção de se constituir como possuidor e, por isso, ficar investido na posse. Questionamos, por isso, se ao atuar investido numa posse não implica também uma privação do anterior possuidor? Isto é, se na perturbação não pode ocorrer também impedimento ao exercício da posse?

O último elemento, que é usado como critério de distinção, é a conservação da posse do possuidor. No entanto, chama a atenção para a dificuldade em realizar tal distinção. “O ato de turbação pode diminuir, alterar ou modificar o gozo e o exercício do direito”³⁴, mas a retenção material ou fruição ou a sua possibilidade, por parte do possuidor, conserva-se, independentemente, dos ataques e ofensas que possam existir.

³⁰ Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, pág. 357.

³¹ Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, pág. 361.

³² Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, pág. 361.

³³ Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, pág. 361.

³⁴ Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, pág. 362.

Por conseguinte, qualquer ato que “atinga os poderes de uso, de fruição e transformação, restringindo-os ou alterando-os, não implica esbulho, mas turbação”³⁵. Só estaríamos perante esbulho, quando “alguém for privado do exercício da retenção ou fruição do objecto possuído, ou da possibilidade de o continuar”.³⁶ O elemento distintivo está na privação total ou numa limitação que apenas diminui a relação material, isto é, no esbulho não há conservação da retenção material, porque ocorre uma total privação do exercício do possuidor. Enquanto na turbação os poderes de uso, fruição e transformação não se extinguem-se por completo, ocorre apenas uma alteração que os diminui.

Elenca como exemplos de turbação, nomeadamente, a abertura de um caminho pelo terreno alheio, uma vez que considera que apenas ocorre uma limitação ao exercício do direito de propriedade e ainda a destruição de uma parte de um muro ou de uma sementeira como também corte de pinheiros, porque apenas há “obstáculos passageiros aos direitos de fruição”³⁷.

Como esbulho já considera a vedação com um portão da entrada do possuidor, neste caso deixa de existir a possibilidade normal de nele entrar, reter e fruir. Parece que o elemento caracterizado passa, então, pela possibilidade.³⁸ Ainda a modificação do ponto de saída das águas remanescentes, que priva os prédios inferiores.

Considera que o esbulho pode ser parcial, no sentido em que só parte do objeto é sujeito a este facto.³⁹ E não concorda com as decisões que constituem esbulho os factos de lavrar, semear e alqueivar um prédio; a extração de terra de um prédio e o arrasamento de marcos e a sua substituição por tabuletas com o nome daquele que os arrancaram e o abrimento de ruas.⁴⁰

Manuel Henrique Mesquita, quanto à ação de restituição da posse, considera que tem lugar quando se dá um esbulho, na qual ocorre quando “o possuidor fica privado do exercício ou da sua possibilidade de exercício dos poderes correspondentes à sua posse”⁴¹ e “não há esbulho, portanto, quando os actos de terceiro apenas dificultem o exercício dos poderes do possuidor.”⁴²

³⁵ Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, pág. 362.

³⁶ Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, pág. 363.

³⁷ Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, págs. 362 e 363.

³⁸ Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, pág. 363.

³⁹ Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, pág. 363.

⁴⁰ Manuel Rodrigues, A Posse, 4^o edição, pág. 364.

⁴¹ Manuel Henrique Mesquita, Direito Reais- Sumários das Lições ao curso de 1966-1967, 1967, pág. 126.

⁴² Manuel Henrique Mesquita, Direito Reais- Sumários das Lições ao curso de 1966-1967, 1967, pág. 126, nota de rodapé n.º 2.

Por outro lado, a ação de manutenção ocorre no âmbito da turbação da posse, a qual se caracteriza por ser um ato material e não jurídico, por traduzir uma “pretensão possessória contrária ao direito exercido pelo possuidor” e ainda pela conservação da posse. Ao contrário do esbulho, que se perde. Utiliza a fórmula de Manuel Rodrigues, pelo que, a turbação diminui, altera ou modifica o gozo e o exercício, mas não destrói a retenção ou fruição.

Exemplifica um caso de simples dano contra a perturbação, nomeadamente, no que diz respeito ao elemento da pretensão possessória. Assim, A ao danificar uma estátua do jardim de B, com instinto vandálico, pratica crime de dano e não esbulho.⁴³ No entanto, questionamos se por detrás do instinto vandálico não poderá estar uma pretensão possessória? E caso o terceiro não tenha intenção de danificar a coisa, apenas ocorreu por mero acidente, deve tal atuação configurar como pretensão possessória ou como dano?

Qualifica ainda como perturbação a passagem através de prédio alheios e a destruição de uma sementeira em prédio de outrem. Questionamos se será possível interpor uma ação de manutenção por um único ato de passagem, por terreno alheio, no qual há dúvidas em que o terceiro irá passar novamente. E se intentar ação de manutenção, deve o terceiro ser condenado em quê? Ou será antes condenação pelos danos ou, por outro lado, estaríamos a entrar no âmbito da ação de prevenção, isto é impedir que atos aconteçam?

Mota Pinto considera a ação de manutenção da posse como uma ação que reage contra perturbações e agressões à posse e lembra que, quando há esbulho, já estamos perante uma ação de restituição, que se destina a recuperar a posse, da qual o possuidor estava privado e, por isso, na ação de manutenção “o requerente conserva a posse da coisa”.⁴⁴

Para Menezes Cordeiro, a posse pode ser violada ou afetada de três maneiras, designadamente, “pelo perigo de perturbação”, “pela perturbação efectiva” e “pelo esbulho”.⁴⁵ Neste contexto, a ordem jurídica responde-lhes com três ações: a ação de prevenção, a ação de manutenção e a ação de restituição.

⁴³ Manuel Henrique Mesquita, *Direito Reais- Sumários das Lições ao curso de 1966-1967*, 1967, pág. 125.

⁴⁴ Mota Pinto, *Direitos Reais*, pág. 209 (lições corrigidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga).

⁴⁵ António Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.º edição, 2000, cit, pág. 144.

Uma vez que a ação de prevenção se aplica quando há justo receio, a posse ainda não foi concretamente lesada, apenas ocorreram factos em que é “legítimo inferir estar o possuidor sob ameaça séria de ser perturbado ou esbulhado”⁴⁶. Por esta razão, apenas vamos analisar a ação de manutenção versus ação de restituição. Só nestas ações há uma efetiva violação da posse e, conseqüentemente, onde termina a perturbação começa o esbulho.

Por isso, havendo posse e verificando-se turbação ou esbulho, o possuidor pode utilizar as ações de manutenção ou restituição, respetivamente, nos termos do artigo 1278.º, n.º 1 do Código Civil. A distinção do âmbito de aplicação das duas ações, para este autor, reside no facto de ocorrer ou não desapossamento, isto é, na ação de manutenção “o perturbador dificulta o exercício do direito, mas não impede”⁴⁷, o que não acontece na restituição, na qual ocorre um desapossamento. Para além da ação de restituição ou de manutenção, o lesado pode sempre fazer um pedido de indemnização pelos danos ilícitos causados⁴⁸.

No momento em que se dá o esbulho, passam a existir “várias posses simultâneas sobre a mesma coisa”⁴⁹, na medida em que o esbulhador constitui uma nova posse que, durante um ano, poderá coexistir com a posse do esbulhado e, nos termos do artigo 1267.º, n.º 1, al. d) do Código Civil, ambos os possuidores podem fazer-se valer de ações possessórias⁵⁰. No entanto, o artigo 1278.º, n.º 2, do Código Civil, dispõe que “se a posse não tiver mais de um ano, o possuidor só pode ser mantido ou restituído contra quem não tiver melhor posse”⁵¹. Tal disposição serve para que o esbulhado fique protegido face ao esbulhador⁵², uma vez que o esbulhador é também possuidor e, conseqüentemente, pode intentar ação possessória.

Menezes Cordeiro refere que, tradicionalmente, se falava da posse “de ano e dia” na qual era exigida para que pudesse defender contra qualquer outro possuidor, “uma vez que decorrido esse ano se extingue qualquer eventual posse paralela”⁵³.

A propósito do capítulo da perda da posse, o autor elenca o esbulho, quando por mais de um ano, como uma das formas da perda e justifica com o artigo 1267.º do Código Civil. Pois, nos termos deste artigo, vem previsto a perda da posse por parte do

⁴⁶ António Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.º edição, 2000, cit, pág. 145.

⁴⁷ António Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.º edição, 2000, pág. 146.

⁴⁸ António Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.º edição, 2000, pág. 149.

⁴⁹ António Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.º edição, 2000, pág. 146, IV.

⁵⁰ António Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.º edição, 2000, pág. 146, IV.

⁵¹ Transcrição do artigo 1278.º, n.º 2 do Código Civil.

⁵² António Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.º edição, 2000, pág. 147, IV.

⁵³ António Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 3.º edição, 2000, pág. 147, nota de rodapé n.º 336.

possuidor, quando nova posse de terceiro se constitua contra a vontade do anterior possuidor, se durar mais de um ano⁵⁴.

Significa, portanto, que o esbulho se dá no momento em que se forma uma nova posse contrária à do anterior possuidor e, por isso, o terceiro adquire o *corpus* possessório, que tem, naturalmente, como consequência o desapossamento da anterior posse. Assim, quando se constitui nova posse, seja pela prática de determinados atos materiais, uma vez que o autor considera o esbulho como modalidade de apossamento, ou pela inversão do título da posse, previstos no artigo 1263º, alíneas a) e d), respetivamente, considera que o anterior possuidor é esbulhado e perde a sua posse, se esta nova posse durar por mais de um ano.⁵⁵

O período de um ano serve unicamente para permitir ao possuidor esbulhado recuperar a sua posse. Decorrido este espaço temporal, as ações possessórias caducam, nos termos do artigo 1282.º do Código Civil e a posse extingue-se, tal como indica o artigo 1267.º, n.º1, al. d) do Código Civi⁵⁶.

Em suma, Menezes Cordeiro considera como conceito de esbulho o desapossamento, que significa que o possuidor fica impedido do exercício do seu direito. Mas, para que tal ocorra, tem de existir atuação do terceiro, neste caso do esbulhador. Parece-nos que o impedimento do exercício da posse dá-se com a aquisição de uma nova posse, a qual se configura contrária à posse já existente.

Apesar de Menezes Cordeiro não retirar diretamente do conceito de esbulho, inferem-se duas ideias distintas: por um lado, o desapossamento ocorre quando se dá uma nova posse e, por outro, o esbulho provoca um desapossamento, que leva à perda da posse.

O desapossamento retira-se da interpretação do artigo 1278.º do Código Civil, que apresenta o termo “restituído”, no qual o possuidor ficou afastado da sua posse, isto é, ficou desapossado.

Por outro lado, o esbulho pressupõe uma nova posse, que resulta da interpretação do artigo 1267.º, n.º1, al. d), na medida em que a perda da posse acontece porque há uma posse que é contrária à anterior e esta dura por mais de um ano. Tal pode significar, por um lado, que não considera a nova posse nas situações de mera perturbação suficientes para esbulhar ou, então, simplesmente, não considera a perturbação de terceiro como facto idóneo à aquisição de uma nova posse.

⁵⁴ António Menezes Cordeiro, A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais, 3.º edição, 2000, págs. 112 e 113.

⁵⁵ António Menezes Cordeiro, Direitos Reais, 1979, pág. 542 e 543.

⁵⁶ António Menezes Cordeiro, A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais, 3.º edição, 2000, pág. 112.

Então, será que a nova posse é também elemento suficiente para distinção entre esbulho e perturbação?

Nestes termos, o esbulho seria o desapossamento e a nova posse seria a forma de realização desse desapossamento, enquanto a perda da posse seria a consequência, caso esta durasse mais de um ano. Portanto, pressupõe-se que, quando há uma nova posse que é contrária à do anterior possuidor, ocorre um desapossamento, que neste caso faz perder a posse por completo se durar por mais de um ano. Por isso, este autor qualifica o esbulho como facto extintivo da posse.

Poderemos considerar que, neste sentido, sendo a nova posse a forma de realizar o desapossamento, então o esbulho dá-se sempre no momento em que ocorre a aquisição da posse pelo terceiro? Assim, a nova posse é uma forma de esbulho ou, pelo menos, a sua consequência direta.

Todavia, questionamos se pode o desapossamento ocorrer de outra forma, que não pela aquisição da posse por terceiro. E não poderá na perturbação também o terceiro, que realiza facto violador da posse, adquirir nova posse que é ela contrária à posse anterior? Sendo assim, nem toda a nova posse, contra a vontade do anterior possuidor, levará ao esbulho? E será também que pode a perturbação levar à perda da posse, nos termos do artigo 1267º, nº1, al. d)?

Alberto dos Reis realça que a lei não fornece qualquer critério para distinguir a turbação do esbulho e, por isso, depreende do próprio significado das palavras e dos meios de reacção, que “o esbulho supõe que o possuidor foi privado da posse que tinha”; o possuidor não consegue continuar a exercer a posse e, por isso, tem de ser restituído. “O esbulhado é restituído à posse que o facto do esbulho lhe fez perder”. A turbação não faz perder a posse, nem o priva de continuar a possuir, apenas vê a “sua posse embaraçada e disputada”, daí o pedido ser de manutenção.⁵⁷

Para a revisão legislativa, o “simples embaraço ou inquietação ao exercício da posse” ocorre na turbação, enquanto no esbulho ocorre privação e perda da “retenção ou fruição” da coisa. Na turbação, há uma ofensa, mas que não é suficiente para o privar da relação material da coisa⁵⁸.

O critério enunciado, ainda assim, pode levantar algumas dúvidas. Alberto do Reis menciona o exemplo de alguém construir uma casa na extremidade do seu terreno e abrir varandas ou janelas que deitam diretamente sobre o prédio contíguo, sem deixar o

⁵⁷ Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, Vol. 1, 3.º edição, 1948, pág. 669

⁵⁸ Albertos dos Reis, Processos Especiais, Vol. 1- reimpressão, 1982, pág. 375

intervalo de metro e meio, violando o disposto no artigo 1360.º, do Código Civil. O ofendido não consegue demonstrar o seu direito de propriedade, contudo, facilmente consegue produzir prova da sua posse. Por isso, deve intentar ação possessória, mas questiona o autor que ação. Em princípio, seria a ação de manutenção, uma vez que a abertura das janelas não priva de continuar a exercer a sua posse, porém o facto a subsistir, implicaria que o possuidor ficasse “para sempre” com o seu terreno devassado. Donde, a revisão legislativa considera este facto com carácter de esbulho e não de turbação.

Continuam a verificar-se as dificuldades e o risco de o tribunal, numa ação possessória, considerar de forma diferente a classificação do facto feita pelo autor, que poderia impedir esta de prosseguir e aconselha, por isso, a formular pedido subsidiário. Portanto, se o autor considerar o facto como turbação, no pedido subsidiário deve pedir condenação por ação de restituição, caso o tribunal considere o facto como esbulho, por forma a que esta prossiga.⁵⁹ No entanto, refere como igual consequência para o réu, em sede de condenação, tanto quando a ação é considerada procedente por esbulho ou por turbação. Assim, se qualificado como turbação “o autor deve ser mantido na sua posse anterior” e o réu deve tapar as janelas e, igualmente, se o facto for qualificado como esbulho, o autor deve ser restituído à sua posse e o réu condenado a tapar as janelas.⁶⁰

Parece não existir qualquer diferença prática entre as duas ações, só muda a aplicação dos termos. O critério parece assim ser discricionário, sem que, objetivamente, seja possível olhar para o caso em concreto e determinar se ocorreu perturbação ou esbulho. Para além disso, retira-se das próprias palavras e dos meios de reação o significado para determinar o critério diferenciador. Então, com o devido respeito, não deveria considerar as condenações diferentes, consoante fosse ação de restituição ou ação de manutenção? Ou deverá, por isso, ser iniciado outro percurso para a criação e aptidão do critério delimitador entre perturbação e esbulho?

A propósito de J. Alberto dos Reis, Miguel Oliveira afirma que aquele autor considera a ação de prevenção conservatória e as ações de manutenção e de restituição condenatórias, acrescentando que a ação de restituição provisória da posse é um procedimento cautelar. Assim, na situação de existir justo receio de terceiro esbulhar ou perturbar o possuidor, através da ação de prevenção, poderá “fazê-lo intimar para se

⁵⁹ Todavia, tal situação já não se coloca com o artigo 609.º, n.º 3 do CPC.

⁶⁰ Albertos dos Reis, Processos Especiais, Vol. 1- reimpressão, 1982, pág. 377.

abster de lhe fazer agravo”⁶¹. Ou seja, a ação serve apenas para assegurar que tal receio não se concretize e assim conservar a sua posse, permanecendo na situação atual.

Já quanto às ações de manutenção e restituição, o terceiro já concretizou a sua ameaça, pelo que, é necessário condenar.

Admite que a lei não contém definição para turbação e esbulho, mas que, por isso, utiliza critérios doutrinários para a distinção.⁶² Na qual, conclui com três elementos para o esbulho: o ato material (uma vez que os atos jurídicos não constituem uma violação direta e imediata da posse) a oposição à posse de outrem e a perda, como também da sua possibilidade⁶³.

O esbulhador “não se limita a manifestar uma pretensão contrária à posse de outrem”, ao que parece, na perturbação, basta para que ocorra. Usa, ainda, a fórmula de Manuel Rodrigues “há-de ser mais do que uma ameaça e menos do que um esbulho”⁶⁴. O esbulho antes destrói a “retenção ou fruição” ou ainda a sua possibilidade pelo possuidor, que deixa de conservar a posse.⁶⁵ Portanto, a ação de restituição tem como fundamento “um direito (o de defender a posse) e um facto (o esbulho)”⁶⁶.

O possuidor que tiver posse há mais de um ano tem total proteção, quanto ao que tem há menos de um ano fica sujeito aos critérios de melhor posse. As ações de manutenção e restituição garantem uma total proteção ao possuidor que tenha uma há mais de um ano. Quando não tenha, o artigo 1278.º, n.º 2, do Código Civil, só poderá ser invocada contra quem tenha melhor posse, cujos critérios surgem no n.º 3. Considera ainda que o artigo 1282.º do Código Civil., sobre a caducidade da interposição do prazo de um ano, surge como complemento ao artigo 1278.º, n.º 2, do Código Civil.⁶⁷

O momento a partir do qual se começa a contar o prazo para a caducidade, da ação de manutenção, coloca algumas dúvidas, quando existam uma série de atos, que, na opinião de Miguel Oliveira, corresponde ao primeiro ato para a turbação, desde que exista “complementaridade entre os diversos atos praticados e deles resultar a constituição de uma posse contrária”.⁶⁸ Caso contrário, os prazos correm separadamente para cada um dos atos.

⁶¹ Cf. Miguel Ricardo machado Oliveira, A Posse na doutrina e na jurisprudência, 1981, pág. 112.

⁶² Cf. Miguel Ricardo machado Oliveira, A Posse na doutrina e na jurisprudência, 1981, pág. 114.

⁶³ Cf. Miguel Ricardo machado Oliveira, A Posse na doutrina e na jurisprudência, 1981, pág. 117.

⁶⁴ Cf. Miguel Ricardo machado Oliveira, A Posse na doutrina e na jurisprudência, 1981, pág. 114.

⁶⁵ Cf. Miguel Ricardo machado Oliveira, A Posse na doutrina e na jurisprudência, 1981, pág. 116.

⁶⁶ Cf. Miguel Ricardo machado Oliveira, A Posse na doutrina e na jurisprudência, 1981, pág. 117.

⁶⁷ Cf. Miguel Ricardo machado Oliveira, A Posse na doutrina e na jurisprudência, 1981, pág. 114.

⁶⁸ Cf. Miguel Ricardo machado Oliveira, A Posse na doutrina e na jurisprudência, 1981, pág. 115. refere que é a posição acolhida por Henrique Mesquita.

Parece-nos pressupor que em algumas situações é possível que ocorra um único ato para estarmos perante uma situação de perturbação e, por essa razão, torna-se importante a sua análise, no sentido de pensarmos sobre se basta um único ato para a perturbação.

A análise desta particularidade poderá ser útil em sentido prático, uma vez que se poderá usar como elemento complementar no critério delimitador entre a perturbação e o esbulho. Isto é, se considerarmos que não é possível ocorrer a perturbação com um único ato e, desde que se demonstre, que o esbulho só é possível com um único ato, então, sempre que estivermos perante vários atos estaremos no domínio da perturbação ou vice-versa.

Abílio Neto caracteriza o esbulho pela privação total ou parcial "do exercício de retenção ou fruição do objeto possuído ou da sua possibilidade de continuar"⁶⁹. Quando ocorre apenas dificuldade desse exercício, causado por ato de terceiro, estamos perante perturbação. O "poder de facto inerente à posse"⁷⁰ mantém-se na esfera do possuidor. Considera ainda que esbulho pode ocorrer de forma parcial ou só em relação a uma parte do objeto⁷¹. Enuncia casos caracterizados como factos de esbulho, nomeadamente, a destruição de uma cancela que veda caminho particular⁷², a substituição das fechaduras das portas de um prédio arrendado.⁷³

Luís Carvalho Fernandes considera que esbulho ocorre quando a "violação da posse se traduz na sua privação"⁷⁴. Admite que a distinção entre perturbação e esbulho não é isenta de dúvidas e que, por essa razão, nos termos do artigo 661.º, n.º 3 do CPC anterior (artigo 609.º, n.º 3 CPC atual), ocorre um desvio à regra processual no que diz respeito aos limites da condenação.⁷⁵

Refere que a ação de manutenção é a ação pela qual o possuidor deve recorrer, no caso de perturbação da posse (artigo 1278.º Código Civil), e que depende da "natureza da posse e da qualidade das pessoas nela envolvidas"⁷⁶. Consequentemente,

⁶⁹ Cf. Abílio Neto, Novo Código Processual Civil anotado, 5.º edição, pág. 456.

⁷⁰ Abílio Neto, Novo Código Processual Civil Anotado, 2º edição, pág. 456, ponto 17.IV, (Ac. RC, de 15.5.2006; Proc. 1240/06. dgsi.Net).

⁷¹ Abílio Neto, Novo Código Processual Civil anotado, 5.º edição, pág. 456.

⁷² Ac. STJ, 8.11.1960: BMJ, 101º-563 observado por Abílio Neto, Código de Processo Civil Anotado, 5.º edição, 1983, cit., pág. 283.

⁷³ Ac. STJ, 28.3.1958: BMJ, 75º-577 e RT, 76º-153) observado por Abílio Neto, Código de Processo Civil Anotado, 5.º edição, 1983, cit., pág. 283.

⁷⁴ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, Lições de Direitos Reais, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 325.

⁷⁵ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, Lições de Direitos Reais, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 326.

⁷⁶ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, Lições de Direitos Reais, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 325.

para que a ação proceda é necessário que a posse do perturbado seja melhor do que a posse do perturbador (n.º 2 do artigo 1278.º do Código Civil). Assim, a propósito do critério para determinar a melhor posse, Luís Carvalho Fernandes remete para a sobreposição de posses.

Neste sentido, parece-nos que Luís Carvalho Fernandes considera que, na perturbação, o terceiro pode constituir posse diferente da já existente. E, para além disso, parece ainda afirmar que, nesta ação, ocorre uma sobreposição de posses nas quais se dá um conflito. Pois observamos com mais atenção:

Considera este autor que a sobreposição de posses pode ocorrer de forma que haja um conflito, mas também pode acontecer o contrário. No caso em que as posses não entram em conflito, “cada uma se vai desenvolvendo, no seu próprio conteúdo ou âmbito, sem interferir com a outra”⁷⁷. Para além disso, nestas situações, também não é necessária a aplicação de critérios⁷⁸ para determinar a posse prevalecente, o que na situação contrária já será necessário, isto é, nas situações em que há conflito é necessária a aplicação do critério. Uma vez que, como foi dito anteriormente, considera na ação de perturbação ser necessário aplicar os critérios para a melhor posse⁷⁹. Então, a posse que se constitui na perturbação é uma posse que cria conflito. Assim, será exercida nos termos do mesmo direito do anterior possuidor? Particularmente, o usufrutuário que detém uma posse causal e em nome próprio, em relação ao direito de usufruto, mas em nome alheio, quanto ao direito de propriedade, será uma situação de conflito entre posses, apesar de compatíveis? Luís Carvalho Fernandes considera conflito e incompatibilidade como um mesmo conceito? Na verdade, duas posses podem ser compatíveis, na medida em podem coexistir e desenvolver-se, no entanto, o possuidor nos termos da propriedade não deixa de ter o seu direito onerado e, conseqüentemente, ocorre um conflito. Em última instância, um conflito de interesses, capaz de prejudicar o anterior possuidor e de interferir com a sua posse, uma vez que existe uma nova posse exercida contra a sua vontade. Ainda que elas sejam compatíveis, na medida em que podem coexistir, não deixa de existir um conflito.

Todavia, considera que a perturbação é forma de aquisição de posse, por parte do terceiro, a qual é conflituosa com a anterior. Assim, em termos práticos, não existiria

⁷⁷ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição, reimpressão, 2010, pág. 304.

⁷⁸ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição, reimpressão, 2010, pág. 304.

⁷⁹ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição, reimpressão, 2010, pág. 32, quando considera que a ação de manutenção depende da natureza da posse e das pessoas, a ação não procede se existir melhor posse do perturbador.

diferença entre perturbação e esbulho no momento em que se dá a aquisição da nova posse, apenas se a atuação em concreto se traduzisse numa privação.

Adianta ainda como forma de assegurar a manutenção da posse, que o pedido na ação de manutenção é “o de condenação do perturbador no reconhecimento da posse do autor e na cessação dos actos que a perturbam”.⁸⁰ Se considerarmos que os pedidos devem ser diferentes na ação de manutenção e na ação de restituição, no pressuposto de que na ação de restituição a violação da posse é mais gravosa, então também o pedido e respetiva condenação deveria ser mais intenso. Assim, Luís Carvalho Fernandes ao considerar o pedido como de reconhecimento da posse e a condenação da cessação de atos que a perturbem, então, o pedido na ação de restituição deverá ser, para além dos previsto para a perturbação, a condenação da devolução à situação anterior do possuidor.

Parece-nos que a condenação levantada por Luís Carvalho Fernandes pressupõe a ideia de que, na perturbação, tem de existir uma continuação de atos ou que seja perceptível que esses atos vão continuar a ocorrer. Caso não exista uma continuidade de atos, não seria possível condenar na sua cessação. Contudo, de certa forma, faz sentido, visto que a condenação deveria servir para cessar a posse que se formou, pois o autor considera a situação de perturbação como forma de aquisição de nova posse conflituosa.

Assim, se o perturbador que iria ser condenado na cessação de atos que perturbem, apenas praticou um facto, num único momento, sem que este se repercuta no tempo, tal ato não é suficiente, por si só, para realizar uma perturbação contínua, nem seria idóneo na aquisição de uma nova posse? Por essa razão, o possuidor não poderia condenar o terceiro nestes termos?

Assim, quando ocorre perturbação, o ato não deve ser visto individualmente, mas como um ato que é suficiente para que se forme nova posse. Nomeadamente, na situação de terceiro atravessar prédio alheio uma única vez, sem que se constitua uma posse, nos termos de servidão de passagem, não deixa de ter ocorrido perturbação naquele momento, mas o ato por si só não é suficiente para se prever que vai continuar ou que seja condenado na cessação da perturbação, até porque o terceiro pode nunca mais passar. Por isso, a perturbação ocorre a partir do momento em que se forme uma nova posse e, nessa medida, pressupomos que vai existir uma continuidade de atos ou, pelo menos, a possibilidade da sua continuação. Consideramos que a posse, mesmo que compatível, é suficiente para perturbar a posse de terceiro, na medida em que é contrária à vontade do possuidor.

⁸⁰ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição, reimpressão, 2010, pág. 325.

Acreditamos que o momento chave é quando o terceiro adquire a posse e, por isso, se torna claro que pode ser condenado na ação de manutenção. Mas, assim, a aquisição de uma nova posse deixa de poder funcionar como critério de distinção entre perturbação e esbulho? Ou, por outro lado, deve existir uma diferenciação entre conflito e incompatibilidade de posses e, conseqüentemente, a diferença entre perturbação e esbulho estaria na aquisição de posses compatíveis e incompatíveis?

José Luís Bonifácio compreende que, pela sua amplitude, o esbulho deva ser delimitado por contraponto com a perturbação.⁸¹ Ademais, admite a dificuldade de distinção entre a perturbação e esbulho, pelo que, a propósito disso, o Código Processual Civil aceita, nos termos do artigo 609.º, n.º 3, que o “juiz conhecerá do pedido correspondente à situação realmente verificada”⁸², ainda que tivesse sido requerido ação possessória diferente. Assim, quando ocorre uma perturbação, há lugar à ação de manutenção da posse, que deve constituir-se como uma “pretensão possessória, diversa do direito do possuidor”⁸³. Admite ainda que, para alguns, a perturbação seria considerada como o ato que diminui, altera ou modifica o gozo. Todavia, considera que não deve impedir o exercício da posse por parte do possuidor⁸⁴. Considera, ainda, que a perturbação deve ter um “grau de permanência”, na medida em que não é suficiente um facto instantâneo e isolado.⁸⁵

Enquanto a ação de restituição tem aplicação quando ocorre esbulho, apesar de discordar do termo restituição, uma vez que não ocorre extinção da posse, este autor admite a “perda de poderes materiais que integravam a titularidade possessória”⁸⁶. Neste contexto, o esbulho destrói a situação do possuidor, afastando ou privando o “exercício da fruição do objecto”, enquanto a turbação apenas altera ou modifica, diminuindo a fruição já existente, pelo que considera que “é mais do que uma ameaça, embora menos do que um esbulho”⁸⁷. Não exclui a possibilidade de a turbação integrar um modo aquisitivo da posse, na medida em que implica um “contacto material” com a coisa.⁸⁸

Questionamos se na medida em que considera que o esbulho é mais que a perturbação, a ação de restituição também não deveria, na prática, implicar uma maior

⁸¹ Cf. José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017 pág. 185 .

⁸² Cf. José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017 pág. 186 .

⁸³ Cf. José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017 pág. 185 .

⁸⁴ Cf. José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017 pág. 185 .

⁸⁵ Cf. José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017 pág. 185 .

⁸⁶ José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017 pág. 185.

⁸⁷ José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017, cit. pág. 162.

⁸⁸ José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017, pág. 162.

atuação para o terceiro, que viola a posse, a fim de restabelecer a situação anterior, isto é, de devolver ao possuidor o normal exercício da sua posse?

Este autor considera que, da interpretação do artigo 1278.º do Código Civil, o esbulho permite que o esbulhador adquira nova posse e que, por isso, tanto o esbulhado como o esbulhador são possuidores, uma vez que o esbulhador ao ter de restituir a posse significa que a retirou da esfera do possuidor e, assim, tem posse; por outro lado, o esbulhado, como ainda pode intentar ação de restituição, ainda é possuidor.⁸⁹

Ainda para mais o mesmo artigo, no n.º 2, refere que deve ser restituído contra quem tiver melhor posse, ou seja, pode deduzir-se daqui que o esbulhador também é possuidor.

Devemos questionar se o n.º 2 do art. 1278.º do Código Civil, ao indicar que o possuidor ao ser “mantido ou restituído contra quem não tiver melhor posse”⁹⁰, não deve ser interpretado no sentido de que o facto da atuação de terceiro, na perturbação, ser aquisitivo de posse, não significaria que também ocorreria mais do que uma limitação, na medida em que o anterior possuidor ficaria privado da sua posse ou do exercício da posse e, por isso, significaria que a privação da posse não é o critério apto.

No entanto, Luís Bonifácio integra ainda o esbulho como causa de extinção da posse, nos termos do artigo 1267.º, al. d), desde que a nova posse tenha o conteúdo idêntico ao da posse anterior, isto é, para que o anterior possuidor perca a posse, o esbulhador tem de exercer a sua posse nos mesmo termos que o possuidor exercia, correspondente ao direito real.⁹¹ Significa que considera que o esbulho é o facto aquisitivo de nova posse e, simultaneamente, como causa de extinção da posse, quando esta dure por mais de um ano e quando a nova posse seja de conteúdo idêntico à posse anterior, pois só assim o exercício dessa posse impediria a posse anterior, na medida em que, por força do princípio da elasticidade, vários direitos de conteúdo igual poderiam coexistir sobre a mesma coisa.⁹²

Assim, consideramos que poderá significar que, mesmo que o facto de perturbação integre um modo aquisitivo de posse, não implica perda da posse anterior, na medida em que aquela posse não fosse de conteúdo idêntico. Pois, ao ser, já estaríamos perante um esbulho, uma vez que privava o exercício da posse.

⁸⁹ José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017, pág. 160.

⁹⁰ Transcrição do artigo 1278.º, n.º 2 do Código Civil.

⁹¹ José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017, pág. 181.

⁹² Cf. José Luís Bonifácio Ramos, Direitos Reais- Relatório, 2013, pág. 251.

Mas será que, ainda assim, isso significa que a nova posse, no âmbito da perturbação, não implica um impedimento do exercício da posse, por parte do anterior possuidor?

Luís Bonifácio não integra esbulho no apossamento nem na inversão do título como forma de aquisição da posse, mas sim como um modo autónomo de aquisição. Ou seja, no apossamento exige-se publicidade e o esbulho estaria destituído dessa publicidade⁹³. Nestes termos, sendo para este autor o artigo 1263.º do Código Civil de enumeração exemplificativa, o esbulho não se enquadraria no apossamento. Por outro lado, na inversão do título, a aquisição da posse, por parte do detentor, não ocorre por esbulho, pois o detentor só poderia adquirir posse, nesta situação, caso notificasse o possuidor dessa intenção, se o não fizer desta forma não tem como a adquirir.⁹⁴ Caso assim fosse o proprietário estaria desprotegido, uma vez que o detentor poderia adquirir posse e iniciar a contagem do tempo para os prazos da usucapião, sem que o proprietário conhecesse a situação.⁹⁵

No entanto, é necessário distinguirmos, porque se o detentor ultrapassa o limite dado pelo possuidor e começa a exercer a posse contra este, mesmo que não notifique o possuidor da sua intenção, este vê o seu direito violado. E, na medida em que exige o respeito de tal limite, não deve considerar-se que ocorreu na mesma esbulho? Ainda que não seja através da inversão do título da posse? No momento em que deixa de existir a tolerância do possuidor, não passa a ocorrer esbulho? A não realização da notificação, para inversão do título da posse, não deve retirar a qualidade de esbulho. Pelo que, o conhecimento, por parte do possuidor, deve ser idóneo ao momento em que se concretiza o esbulho?

Nas palavras de José Alberto Vieira, o Código Civil consagra três ações possessórias e um procedimento cautelar.⁹⁶ Nestas, "o autor invoca a sua posse para obter a condenação judicial do terceiro a respeitá-la".

Enquanto na ação de prevenção ainda não ocorreu violação da posse, apenas há um justo receio, na ação de manutenção e restituição já o terceiro concretizou tal violação.⁹⁷

⁹³ José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017, pág. 148.

⁹⁴ José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017, pág. 161.

⁹⁵ José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017, pág. 162.

⁹⁶ Cf. José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág. 542.

⁹⁷ Cf. José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág. 545.

“São atos de turbação todos os atos materiais que não impliquem esbulho, isto é, o desapossamento efetivo da coisa”⁹⁸. A turbação pressupõe uma violação da posse através de “atos materiais sobre a coisa que perturbam o gozo dela pelo possuidor”. Dá como exemplo o terceiro que coloca caixotes de mercadoria na garagem do seu vizinho. Nesta situação, considera que não afasta o controlo material do dono da garagem, apenas são atos de turbação, pelo que a reação adequada seria a ação de manutenção.⁹⁹

Na turbação, pressupõe-se que “o possuidor mantém a coisa consigo”, ou seja, o desapossamento ocorreria quando o esbulhador impedisse o possuidor de manter a coisa consigo¹⁰⁰. Ponto que considera como distintivo da ação de manutenção e restituição.

O esbulho ocorre quando o possuidor fica privado da coisa e, por isso, “o *corpus* possessório é destruído pela intervenção de um terceiro”¹⁰¹. Tem como desapossamento da coisa o momento em que o terceiro a retira da “esfera de poder do possuidor”, isto é, o esbulhado perde o controlo material da coisa. A intervenção do terceiro ocorre ao nível da coisa, na qual este retira o *corpus* possessório ao possuidor, diferente do que acontece na perturbação que mantém o *corpus* possessório, uma vez que, “permanece com a coisa em seu poder”.¹⁰²

Apesar de não considerar a epígrafe do artigo 1278.º, do Código Civil, que fala na restituição da posse, uma terminologia feliz, na medida em que o esbulhado não perde a sua posse, mantém-na pelo prazo de um ano (artigo 1267.º, n.º 1, al. d), do Código Civil). Considera a interpretação do artigo no sentido de a necessidade da restituição ser devida à perda do controlo material da coisa e que, por isso, deveria ser uma ação destinada a reaver a coisa e não a posse, uma vez que esta não se perde.¹⁰³

Para este autor, o esbulho ocorre como um dos factos extintivos da posse, o qual se manifesta “pela posse de outrem, mesmo contra a vontade do antigo possuidor, se a nova posse houver durado por mais de um ano”¹⁰⁴, conforme previsto no artigo 1267.º, n.º 1, da alínea d).

Assim, considera como esbulho o ato de terceiro que assume o “controlo material da coisa” e afasta o possuidor, impedindo o seu controlo sobre a coisa. Isto é, a atuação do terceiro leva a uma privação da coisa, por parte do possuidor, onde este vê a sua posse cessar contra a sua vontade, decorrido um ano, uma vez que perde o domínio

⁹⁸ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 545.

⁹⁹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 545.

¹⁰⁰ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 545.

¹⁰¹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 546.

¹⁰² Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 546.

¹⁰³ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 546, nota de rodapé n.º 1789.

¹⁰⁴ Transcrição do artigo 1267º, nº 1, al. d), do Código Civil.

sobre a coisa. O possuidor esbulhado deixa de conseguir chegar à coisa e atuar segundo a sua vontade e, por isso, o *corpus* possessório fica destruído¹⁰⁵. Assim, ao considerar o esbulho como facto extintivo da posse, nos termos do artigo 1267.º, n.º 1, alínea d) do Código Civil, significa que vê na nova posse, que é contrária à vontade do anterior possuidor, a forma de privação, neste caso, da coisa.

Considera ainda como formas típicas de esbulho o apossamento e a inversão do título da posse, na medida em que, o esbulho ocorre, normalmente, por estas formas de aquisição de posse.¹⁰⁶ O que significa, portanto, que o possuidor esbulhado perde o controlo material sobre a coisa, através da constituição da nova posse, em nome próprio, e em oposição à posse do esbulhado, uma vez que o esbulhador não o representa na sua posse. Por isso, pensamos que José Alberto Vieira implicitamente considera que a situação de nova posse contrária ao anterior possuidor, previsto no artigo 1267.º, n.º 1, al. d), como esbulho, uma vez que é através desta nova posse que se subtrai a coisa da esfera de poder do possuidor.

Refere que a nova posse, que se forma, não depende da titularidade do direito real a que a posse se refere, nem da própria consciência sobre a violação do direito do possuidor esbulhado¹⁰⁷. Isto é, a nova posse do esbulhador constitui-se mesmo que este não tenha consciência que esteja a violar o direito do esbulhado. Parece-nos estar a falar numa pretensão contrária à do anterior possuidor de violar direitos de terceiro, que neste caso não é necessário.

Trata ainda do esbulho a propósito da sobreposição de posses, que acontece “sempre que haja mais do que uma posse em simultâneo sobre a coisa, nos termos do mesmo ou de diferente direito real de gozo”¹⁰⁸. Quando as várias posses são exercidas nos termos do mesmo direito, normalmente, são incompatíveis, exceto quando ocorre situação de composesse. Posto isto, a sobreposição de posses pode ocorrer por força do esbulho, uma vez que o possuidor mantém a sua posse, nos termos do artigo 1267.º, al. d), e o esbulhador adquire nova posse através de apossamento ou inversão do título da posse¹⁰⁹.

Existe ainda sobreposição de posses, no entanto, compatíveis, quando exercidas nos termos de diferentes direitos. Quando exercidas nos termos do mesmo direito, ocorreria esbulho. No entanto, parece admitir que ainda ocorre esbulho, nomeadamente,

¹⁰⁵ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 531.

¹⁰⁶ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 531.

¹⁰⁷ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 531.

¹⁰⁸ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 558.

¹⁰⁹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 559.

na situação em que o “esbulhado tinha uma posse como proprietário pleno e o esbulhador arroga-se o usufruto sobre a coisa”¹¹⁰, apesar de se configurarem como direitos reais diferentes, pelo que dessa forma, seria uma sobreposição compatível. Afigura-se que nesta situação a posse da propriedade plena é totalmente incompatível com a posse do usufruto, porque o usufruto vem ocupar todo o espaço da propriedade? Ou será que, de certa forma, ainda considera esta sobreposição como compatível e, ainda assim, admite como esbulho? No entanto, admite que o possuidor esbulhado e o possuidor esbulhador exteriorizam posses incompatíveis.¹¹¹

Mas, não será diferente a situação de privação da coisa e sobreposição de posses incompatíveis? Isto é, o terceiro que adquire posse ainda que compatível com a do possuidor não pode, ainda assim, privar o anterior possuidor da coisa?

Portanto, em princípio, o usufruto e a propriedade são direitos diferentes, o que implica compatibilidade de posses, no entanto, o anterior possuidor não tem como chegar à coisa e fica, por isso, privado da coisa e, conseqüentemente, esbulhado? Ou efetivamente o que importa é a privação da coisa, independentemente, de a sobreposição de posses ser compatível ou incompatível?

O importante, nesta situação, será frisar que se considerarmos a nova posse de usufruto como esbulho, o critério, no sentido de que a nova posse, nos termos do mesmo direito, era o momento para determinar o esbulho, cai por terra. Apenas serve a privação da coisa, no entanto, importa lembrar que implica a perda do controlo material da coisa, ou seja, o *corpus* possessório. Todavia, o controlo material da coisa e a privação da coisa configuram-se como coisas diferentes ou semelhantes? Porque, na verdade, podemos não estar privados da coisa, mas ter ocorrido uma quebra do *corpus* possessório, na medida em que deixamos de ser possuidores, nos termos da propriedade, e passamos a possuidores, nos termos de uma servidão de passagem.

Dessa forma, esbulho será a privação da coisa ou a perda do controlo material/*corpus* possessório ou, por outro lado, tal situação não se considera como esbulho?

Assim, José Alberto Vieira considera que ocorre esbulho quando a coisa é subtraída da esfera de poder do possuidor, isto é, quando o possuidor perde o controlo material da coisa. Portanto, o critério para determinar se estamos perante esbulho ou turbação será quando o terceiro retira a coisa da esfera de poder do possuidor e, conseqüentemente, considera que se perde o *corpus* possessório. No entanto, com o

¹¹⁰ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 559.

¹¹¹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 559.

devido respeito, a quebra do *corpus* possessório parece-nos ser diferente e ocorrer em momentos diferentes da privação da coisa, para além disso, a privação da coisa parece-nos também deixar algumas situações fora do âmbito de esbulho, na qual consideramos merecedores de tal qualificação, nomeadamente, o possuidor que deixa de ter posse, nos termos da propriedade e passa apenas a ter posse, nos termos de uma servidão de passagem.

Nos termos do artigo 1267.º, nº 1, al. d), do Código Civil, o autor analisa como facto extintivo da posse, o esbulho e, uma vez que a perda da posse ocorre por aquisição de terceiro de nova posse, então, pressupõe-se que o esbulho se constitui sempre com nova posse. Considera ainda que o esbulhador adquire nova posse, pelo facto aquisitivo do apossamento ou da inversão do título da posse.

Quanto ao apossamento, elenca três requisitos necessários. O primeiro configura-se como uma prática de atos materiais, na medida que constitui o controlo material da coisa. A “investidura no *corpus* possessório”, na qual passa a existir uma atuação de maneira a apreender a coisa e a tê-la em seu poder.¹¹² Importa adquirir o controlo material, mas este não tem de ser exclusivo, porquanto priva outras pessoas. No entanto, um apossamento, nos termos da propriedade, priva o anterior possuidor também nos “termos da propriedade do acesso à coisa”. Por isso, o apossamento não se considera consumado se este continuar a poder atuar sobre a coisa, isto é, considera que não ocorre esbulho.

Mas, essa nova posse em todas as situações é sempre suficiente para privar o possuidor da coisa? Não pode formar-se uma nova posse incompatível, sem que ocorra o afastamento total do possuidor da coisa? Parece-nos que, para este autor, a nova posse tem que ver com o facto de ter de provocar privação do possuidor sobre a coisa. Assim, só quando ocorre a privação da coisa é que se dá a aquisição de nova posse, isto é, ocorre a perda do controlo material da coisa do anterior possuidor.

Nuno Pissarra completa o critério de Manuel Rodrigues Júnior apresentando outros elementos. Em primeiro lugar, o esbulho pode ser realizado por ato material ou jurídico. Em segundo, necessita de uma intenção ou “pretensão de se constituir nova posse em detrimento da do possuidor antigo”¹¹³. Nuno Pissarra refere que “só quando o ato perturbador revela a intenção de constituir uma posse contrária é que existe violação”¹¹⁴,

¹¹² Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 506.

¹¹³ Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, *Das Acções Reais*, 2019, pág. 738.

¹¹⁴ Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, *Das Acções Reais*, 2019, pág. 736.

ou seja, tanto para a perturbação como para o esbulho tem de existir a intenção de constituir uma nova posse que é contrária à posse já existente.

Em terceiro lugar, realça o facto de que a coisa em que incide o direito não se pode perder em caso de esbulho, pois passaria a existir um dano, uma vez que a posse se perde nos termos do artigo 1267.º, n.º 1, al. b) do Código Civil e não pode ser restituída.

Em quarto lugar, aponta para o esbulho como a privação da própria posse sobre a coisa e não como a “privação de poderes ou faculdades que são conteúdo da posse sobre a coisa”.¹¹⁵ Realça a diferença entre “privação de poderes ou faculdades que são conteúdo da posse sobre a coisa” da privação “da própria posse sobre a coisa”. Assim, para este autor esbulho configura-se como a privação da posse e não dos poderes ou faculdade, exemplifica com um telemóvel que avaria e, por isso, “o possuidor fica *privado* do gozo, mas não perde a posse”¹¹⁶¹¹⁷. Ou seja, uma vez que, na avaria também ocorre a privação do exercício da posse e não ocorre esbulho, então não é por ocorrer a privação do exercício dos poderes ou faculdades que se dá o esbulho. Este não seria um critério idóneo, mas a privação da própria posse já o seria.

Portanto, Nuno Pissarra parece criticar a tese que vê esbulho como a privação do exercício da posse e parece preponderar mais para a posição de José Alberto Vieira, ao considerar esbulho como a privação da própria posse, que significa que o possuidor fica sem a posse sobre a coisa, isto é, perde o controlo material da coisa e, conseqüentemente, fica privado da coisa. Por isso, conclui que esbulho é a subtração da coisa. Assim, a privação da posse parece-nos que se assemelha, para Nuno Pissarra, com a privação da coisa.

No entanto, Manuel Rodrigues considera posse como a retenção ou fruição de qualquer coisa, por isso questionamos se podemos pressupor que a privação do exercício da posse não deixa de se configurar como a privação da própria posse.

Isto é, se a posse, para Manuel Rodrigues, é a retenção e fruição da coisa, então ao ficar privado do exercício da retenção ou fruição não significa o mesmo que estar totalmente privado da posse? Será uma mera questão linguística ou, por outro lado, estar privado da posse é efetivamente diferente de estar privado do exercício dos poderes ou faculdades da posse?

Em quinto lugar, só os atos praticados ilicitamente e contra a vontade do possuidor é que se podem constituir como esbulho e conclui, por fim, que “o esbulho consiste no ato

¹¹⁵ Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, Das Acções Reais, 2019, pág. 747.

¹¹⁶ Itálico do autor.

¹¹⁷ Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, Das Acções Reais, 2019, pág. 747.

voluntário, material ou jurídico, pelo qual alguém, pretendendo tornar-se possuidor, para si subtrai, mediata ou imediatamente, certa coisa, ou parte dela, da posse de outrem”¹¹⁸.

Capítulo II- Posse

A posse constitui-se como a exteriorização de um direito real e, por isso, exerce-se sempre nesses termos (artigo 1251.º do Código Civil).¹¹⁹ No momento em que deixa de existir exteriorização nesses termos, a atuação material não se liga nem se associa ao direito real, por essa razão, extingue-se. Significa que existia uma ligação da posse a um direito real, na qual ocorreu uma quebra.

Mas a posse, apesar de se reportar a um direito real, não se confunde com ele nem é uma parte do seu conteúdo.¹²⁰

O artigo 1251.º do Código civil preceitua a noção de posse, sobre a qual José Alberto Vieira tece algumas críticas.

Uma dessas críticas refere-se ao facto de o artigo “mencionar que a posse é um poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”¹²¹. Parece transmitir a ideia de que a posse pressupõe um comportamento ativo do possuidor. Contudo, o artigo 1257.º, n.º 1 dispõe que a posse se mantém, desde que o possuidor tenha a possibilidade de atuar materialmente quando queira, mesmo que não atue.

A quem tem o controlo material de uma coisa corpórea, a posse garante um direito, ainda que atribuído provisoriamente.¹²² Tal atribuição é provisória porque cede perante algumas situações, nomeadamente, quando o proprietário faz valer, contra o possuidor, o seu direito através da reivindicação.¹²³ Enquanto a atribuição durar, representa um direito subjetivo, pelo que implica uma proibição de ingerências para terceiros.¹²⁴

A posse assegura ainda, quando esta é causal, que o titular do direito real de gozo tenha o controlo material da coisa. Sem a posse deixa de haver uso e fruição da coisa, ficando apenas o poder de disposição, quando seja consagrado na lei. Por isso, o titular do direito real de gozo necessita de posse para exercer uma larga parte do seu direito.¹²⁵

¹¹⁸ Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, *Das Acções Reais*, 2019, pág. 739.

¹¹⁹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 462.

¹²⁰ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, págs. 448 e 454.

¹²¹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 453.

¹²² Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 459.

¹²³ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 459.

¹²⁴ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 460.

¹²⁵ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 461.

A posse surge como o “pressuposto fáctico de aproveitamento do conteúdo integral” dos direitos reais de gozo.¹²⁶

Constituem-se como elemento da posse o *corpus* e o *animus*, e este apresenta “função negativa de excluir dela situações primariamente como tal qualificáveis”¹²⁷.

Assim, “verificado o *corpus* (...) há, em princípio, posse”¹²⁸, nos termos do artigo 1253.º, al. a), do Código Civil, o *animus* entra aqui como exclusão da posse. Contudo, a intenção de agir não pode configurar-se como uma mera intenção interna ou psicológica¹²⁹, é necessário que tal intenção seja exteriorizada e perceptível, pelo que pode apresentar-se como “manifestação expressa como tácita da vontade, desde que, quanto a esta segunda modalidade, o comportamento do possuidor a permita deduzir, com toda a probabilidade”¹³⁰.

Alguns Autores falam no elemento da pretensão contrária, isto é, no momento do esbulho, o terceiro ter uma intenção de agir contra o possuidor ou de intencionar adquirir posse. No entanto, tal pretensão funciona como forma de exclusão. Aliás, como explica José Alberto Vieira¹³¹, a intenção funciona como um elemento de exclusão da posse, na medida em que existe *corpus* possessório e, por isso, estão reunidas todas as condições para a constituição da posse, mas o possuidor ao expressar que não pretende ter posse, deixa de se caracterizar como tal. Mas isto, apenas porque o artigo 1253.º al. a) o permite.

Quanto ao *corpus* possessório, os artigos 1252.º e 1253.º, ambos do Código Civil, referem-se ao “poder de facto” sobre a coisa, como aquilo que o possuidor exerce. O artigo 1257.º reporta-se à “actuação correspondente ao exercício do direito” ou à “possibilidade de a continuar”. Parece que o poder de facto significa a prática de atos ou pelo menos a sua possibilidade que se traduzem no exercício de um direito real. Projecta-se, por isso, como a prática de atos de aproveitamento da coisa, na qual alguém pode realizar, correspondentes ao direito que exterioriza.¹³²

Considera-se de um modo geral que o *corpus* possessório é o controlo material da posse¹³³, apesar de ser discutível quais os atos que são suficientes para que este se concretize. E ainda quais os atos que sinalizam o direito real a que se reporta a posse, ou seja, qual o direito real que é exteriorizado.

¹²⁶ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 461.

¹²⁷ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 290.

¹²⁸ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 289.

¹²⁹ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 290.

¹³⁰ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 291.

¹³¹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 474.

¹³² Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 479.

¹³³ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 477.

Tal prática ou atuação material sobre a coisa ou ainda a sua possibilidade implica o controlo material ou domínio da coisa. Pelo que, para este autor, o *corpus* possessório alude “ao estado de facto em que um sujeito tem o controlo material da coisa e pode actuar sobre ela nos termos de um direito”¹³⁴. Se terceiros se arrogam do mesmo direito ou de um direito incompatível e atuam sobre a coisa, não pode existir sujeição física da coisa a um sujeito¹³⁵.

O *corpus* possessório como controlo material sobre a coisa significa “que alguém pode praticar os actos de aproveitamento da coisa correspondentes ao direito que exterioriza” e basta a mera possibilidade de atuação, sem que exista uma prática continuada e ininterrupta de atos materiais. “A inércia do possuidor não afecta a sua subsistência”, tem é de existir sempre a possibilidade de renovação de atuação. Ocorre uma quebra na posse se a intervenção do terceiro obstar a essa renovação.¹³⁶

Considera que qualquer pessoa pode atuar materialmente sobre a coisa e ainda assim não ficar investido no controlo material da coisa, nomeadamente, o passageiro que se desloca no Metropolitano; o aluno que usa a cadeira e a mesa na sala de aula; o aldeão que atravessa o prédio de um vizinho para chegar mais depressa ao trabalho e o condutor que para descansar para o carro e passeia no prédio à beira da estrada. Em nenhuma destas situações considera que haja *corpus* possessório, uma vez que não há controlo material sobre a coisa. Não basta o simples contacto material com a coisa.¹³⁷

O possuidor não necessita de uma prática ininterrupta de atos materiais para manter a sua posse.¹³⁸

Sendo o controlo material sobre determinada coisa, não pode coexistir com outro sobre a mesma coisa, exceto na composses. Na medida em que, um controlo material se opõe a outro, implica a perda deste, pois quando um se forma, o outro dificilmente se mantém, isto se ambos se formarem na exteriorização do mesmo direito. No entanto, podem existir situações em que o ordenamento jurídico permita que coexistam. São as situações em que a posse anteriormente constituída não desaparece, nomeadamente, uma situação de mera detenção sobre coisa onde está constituída posse e situação de sobreposição de posses compatíveis.

¹³⁴ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 479.

¹³⁵ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 479.

¹³⁶ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, págs. 479 e 480.

¹³⁷ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 479.

¹³⁸ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 480.

Significa, portanto, que quando se forma um novo *corpus* possessório sobre a mesma coisa, nos termos de um mesmo direito real, o controlo material anterior desaparece.

Por essa razão, resulta do artigo 1267.º, n.º 1, al. d) do Código Civil que ocorre perda da posse quando se constitua nova posse de terceiro, apesar de ser necessário que decorra um ano.¹³⁹

José Alberto Vieira afirma que podem existir situações de composesse e, conseqüentemente, várias pessoas podem controlar materialmente a coisa nos termos do mesmo direito. Existem ainda, para além desta, situações de diferentes direitos reais de gozo, em que cada titular do direito real exterioriza o seu direito, o que corresponde uma posse a cada direito real sobre a mesma coisa. “O controlo material por um possuidor nos termos do seu direito não prejudica o controlo que outro exerça sobre a coisa em relação a outro direito compatível.”¹⁴⁰

Designa como imaterialização da posse o fenómeno que possibilita a posse subsistir sem o *corpus* possessório, que vem previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 1267.º. Segundo a qual a posse mantém-se pelo prazo de um ano em caso de esbulho. Considera como esbulho a “perda do poder de facto sobre a coisa por força de uma intervenção de terceiro não autorizado pelo possuidor”¹⁴¹. Apesar de considerar esbulho como privação da coisa, na medida em que o esbulhador assume o controlo material da coisa, afastando-a do possuidor, através do facto que retira a coisa da esfera de poder do possuidor.

Deste modo, é claro que o esbulho ocorre por uma nova posse de terceiro, que é, em princípio, incompatível.

Para que ocorra o apossamento, é necessário que se concretize a quebra do *corpus* possessório de anteriores possuidores.¹⁴² Na medida em que o *corpus* possessório significa controlo material, este só pode existir.

Posto isto, parece-nos que um único ato pode ser suficiente para que ocorra quebra do *corpus* possessório da anterior posse. Basta, para isso, que o ato constitua o terceiro numa posse incompatível com a já existente. O problema reside no facto de saber qual o ato suficiente que dê ao terceiro um *corpus* possessório suficiente que o constitua nessa nova posse.

¹³⁹ supra explicado a razão de ser necessário um ano.

¹⁴⁰ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 481.

¹⁴¹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 481, nota de rodapé n.º 1616.

¹⁴² Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 507.

Portanto, se considerarmos que determinados factos se incorporam no *corpus* de uma posse, nos termos da propriedade, na qual existe também *animus* de ser proprietário, então questiona-se, mesmo que ainda não tenham sido realizados atos que por si só são impeditivos, se pode existir esbulho.

Parece-nos que a resposta reside na temática da sobreposição de posses e como estas se articulam.

No entanto, é importante não esquecer que, em termos práticos, é diferente termos duas posses incompatíveis sobre a mesma coisa ao invés de posses compatíveis ou uma posse com mera detenção. Vejamos, se um proprietário que é possuidor, nesses termos, vê terceiro adquirir posse, nos termos da propriedade, sobre a sua coisa, mesmo que na prática os factos que deram origem à nova posse não implicam uma privação da sua posse, mais tarde o terceiro poderá adquirir o direito real de outrem através da usucapião. Enquanto, nas posses compatíveis e na mera detenção, o terceiro nunca poderá adquirir o mesmo direito real que o anterior titular do direito real, desapropriando-o, apenas poderá de certa forma onerar o seu direito real.

Parte II- Da Análise crítica

A doutrina trata maioritariamente o esbulho a propósito das ações possessórias. Fá-lo a propósito destas, uma vez que o ordenamento jurídico configura as ações possessórias como a resposta às violações da posse. No entanto, esbulho surge também a propósito da ação de reivindicação.¹⁴³

Nestes termos, faz a distinção entre ação de restituição e ação de manutenção e, conseqüentemente, perturbação e esbulho, na medida em que onde termina a perturbação começa o esbulho e, dessa forma, passa a aplicar-se a respetiva ação. Para além disso, a razão pela qual tratam esbulho no âmbito das ações possessórias está intimamente ligada com o facto de considerarem que este ocorre no âmbito da posse. Esbulho significa, portanto, a violação da posse.

Assim, a maioria dos autores consideram esbulho como a privação do exercício da posse ou, ainda, por outras palavras, como o desapossamento, que significa o possuidor ficar impedido da sua posse. Isto é, privação da posse. Tal privação da posse pode ser total ou parcelar, desde que implique o desapossamento do anterior possuidor, no entanto, não é essencial que “o autor do esbulho se apodere da coisa”.¹⁴⁴

Parece-nos que, para estes autores, o conceito de esbulho surge através da interpretação do artigo 1278.º do Código Civil. Na medida em que o ordenamento jurídico oferece a primeira pista nos termos “mantido” e “restituído”. Pois, aquele que é esbulhado será restituído, enquanto se ocorrer mera perturbação dá-se a manutenção.

Portanto, os autores parecem retirar do artigo 1278.º do Código Civil, a ideia de que no esbulho a posse deve ser restituída e, dessa forma, a ser restituída ou reposta, significa que o possuidor ficou longe ou impedido dela, ou seja, privado, desapossado, razão pela qual é necessário que volte ao normal exercício da sua posse.

O ponto fulcral é que consideram que o normal exercício da posse fica, nas situações de esbulho, impedido. Deixa de existir a possibilidade para o possuidor exercer a sua posse, o que para alguns autores implica a perda da posse.

Paulo Almeida, no entanto, parece alertar para a distinção entre a privação “da retenção ou fruição da coisa” da perda da posse e desapossamento. Admite que não ocorre a perda da posse, nos termos do artigo 1267.º, n.º 1, al. d), do Código Civil, na

¹⁴³ José de Oliveira Ascensão, Ação de Reivindicação, Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1997 Pág. 529, Ponto 15 .

¹⁴⁴ Fernando Andrade Pires de Lima e João de matos Antunes Varela, Código civil Anotado, vol III, 2.º edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1984, pág. 49.

medida em que a posse é uma afetação material e jurídica, isto é, o possuidor esbulhado “deixa de exercer poderes materiais sobre a coisa, mas não perde (...) a sua posse”.¹⁴⁵

No entanto, José Alberto Vieira não concorda com a interpretação da restituição da posse, mas antes com a restituição da coisa, na medida em que a posse não se perde.¹⁴⁶ Tal como Nuno Pissarra, quando afirma que “o possuidor fica privado do gozo, mas não perde a posse”.¹⁴⁷ Rui Pinto Duarte parece ser do mesmo entendimento, na medida em que considera que a ação de restituição “visa obter a recuperação da posse efetiva”.¹⁴⁸ Isto é, o esbulho provoca a perda da posse efectiva ao contrário da perturbação¹⁴⁹, o que significa que o possuidor mantém uma posse não efetiva, uma vez que a posse é desacompanhada do controlo material da coisa, através do *corpus* possessório¹⁵⁰.

José Oliveira Ascensão considera que a posse não se perde, na medida em que a causa de pedir da ação de restituição é a posse, mas acrescenta ainda como causa de pedir o “facto de o réu estar na posse da coisa”¹⁵¹. Assim, o pedido da ação é a condenação do réu na entrega da coisa, pelo que considera que a coisa está no poder do terceiro esbulhador/ réu. Desta forma, considera esbulho como “privação da posse efectiva”.¹⁵²

José Alberto Vieira considera esbulho como a subtração da coisa da esfera de poder do possuidor, que implica a destruição do *corpus* possessório, provocado por terceiro.¹⁵³ Por isso, com a privação da coisa, o possuidor esbulhado perde o controlo material. Razão pela qual, considera a ação de restituição para reaver a coisa.¹⁵⁴

Desta forma, o autor considera esbulho como a privação da coisa e não da posse. Parece-nos que não deixa de fazer o mesmo percurso que os restantes autores, isto é, através do significado das palavras, inicia a sua interpretação retirando o significado de que há previamente uma privação, no entanto, considera como a restituição da coisa, uma vez que não pode ocorrer perda da posse.

Assim, significa que da interpretação do artigo 1278.º do Código Civil a dicotomia entre manutenção e restituição leva-nos à diferença entre perturbação e esbulho, que

¹⁴⁵ Paulo Duarte Pereira de Almeida, Restituição provisória da posse, Lisboa, 1989, pág. 25.

¹⁴⁶ Cf. José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág. 546, nota de rodapé n.º 1789.

¹⁴⁷ Cf. Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, Das Acções Reais, 2019, pág. 747.

¹⁴⁸ Rui Pinto Duarte, Curso de Direitos Reais, 4.º edição, Pág. 485.

¹⁴⁹ Rui Pinto Duarte, Curso de Direitos Reais, 4.º edição, Pág. 485.

¹⁵⁰ José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág. 496.

¹⁵¹ José Oliveira Ascensão, Propriedade e Posse- Reivindicação e Reintegração, Pág. 19.

¹⁵² José Oliveira Ascensão, Direito Civil Reais, 5.º edição, Pág. 111.

¹⁵³ Cf. José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág. 546, nota de rodapé n.º 1789.

¹⁵⁴ Cf. José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág. 546.

resulta no facto de existir privação ou não. O que agora importa analisar é se a privação é da posse ou da coisa.

Pelo que, se a interpretação do artigo resultar na restituição da coisa ou da posse será o indicador de se esbulho é a privação da posse ou da coisa.

Assim, podemos subdividir em duas posições o conceito de esbulho. Por um lado, aqueles que vêem esbulho como a privação da posse ou do seu exercício. Apesar de alguns admitirem a perda da posse, enquanto outros não. Por outro lado, a segunda posição como a perda efetiva da posse¹⁵⁵, que implica a perda do controlo material. No entanto, José Alberto Vieira parece ir mais longe e admite esbulho, não como a perda da posse efetiva, mas como a privação da coisa.

Capítulo I- Restituição da coisa vs. Restituição da posse

Face ao elencado, será importante apresentar algumas considerações. A epígrafe do Artigo 1278.º do Código Civil refere “manutenção e restituição da posse” pelo que, em princípio, não se colocarão dúvidas de que se remete à concreta posse e não à coisa objeto da posse.

No entanto, o artigo em si não se refere à posse, pelo que poderá levantar algumas dúvidas e, desse modo, existirem dificuldades na sua interpretação. Nomeadamente, é levantado o argumento contra a restituição da posse, na medida em que não ocorre perda da posse para que esta seja restituída. Até porque, no limite, poderia significar, se ocorresse a perda da posse, que ficaríamos impedidos de recorrer à ação de manutenção, visto que um dos pressupostos para as ações possessórias é naturalmente a posse. Por essa razão, não será tão desadequado perguntarmos se a interpretação do artigo não deverá ser antes no sentido da restituição da coisa?

Para além disso, não deixa de fazer sentido a restituição da coisa e José Alberto Vieira consegue justificá-la, na medida em que vê no esbulho a violação da posse, em que apenas ocorre a destruição do *corpus* possessório e não a sua perda. Se ocorre a violação da posse, então significa que ocorreu uma alteração, neste caso a destruição do *corpus* possessório, que decorre da privação da coisa.

Isto porque o direito real de gozo diz respeito à coisa e está intimamente ligado a ela, não esquecendo que a forma de o possuidor exteriorizar a sua posse é através da sua atuação material sobre a coisa. Ora, se não tem a coisa em seu poder, obviamente,

¹⁵⁵ Rui Pinto,, As ações possessórias : estudo breve sobre os artigos 1276º a 1286º do código civil, In: Código civil, 2019. - Vol. 2, pág. 758.

não tem como exercer a sua posse e, conseqüentemente, vê o *corpus* possessório destruído e de seguida a sua posse violada.

Mas, uma vez que estamos no âmbito da violação da posse, faria mais sentido a interpretação ocorrer no domínio da restituição da posse. Se ocorre uma violação no âmbito da posse, então significa que se dá uma alteração nesta, na qual deve ser restituída ou mantida, conforme a violação que ocorreu. Para além disso, a privação da posse pode não implicar a sua perda, Paulo Almeida explica isso, afirmando existir uma confusão entre a afetação material da posse com a afetação jurídica.¹⁵⁶ Isto é, o possuidor pode estar privado da sua afetação material da posse, mas ainda assim manter a afetação jurídica da posse.

Questionamos, por isso, se o possuidor perde a sua posse, a fim de que seja necessário ser restituída ou apenas há necessidade de restituição da coisa, na medida em que ficou privado da coisa.

Como se pode verificar, o artigo não nos indica com certeza absoluta qual a interpretação que deve ser seguida face à restituição, se da posse ou da coisa. Em última instância, ambas as posições são aplicáveis ou sustentáveis, pelo que importa verificar qual das duas teses é menos ou mais falível de forma a se aplicar e, conseqüentemente, interpretar no sentido da restituição.

Assim, cumpre analisar qual das duas posições, privação da posse ou da coisa, melhor se ajusta à interpretação do artigo 1278.º do Código Civil.

Capítulo II- Privação da Posse

Quanto à primeira posição, que vê no esbulho a privação da posse e, conseqüentemente, a sua restituição, existe o problema já enunciado da perda da posse. Assim, ocorrendo perda da posse não será possível o uso das ações possessórias. Portanto, a partir deste momento não seria possível usar a privação da posse como conceito de esbulho.

Ocorre uma predisposição em indicar que não é possível coadunar a ideia de perda da posse com a ideia de esbulho e de restituição da posse, na medida em que a restituição não pode ocorrer se previamente tiver existido uma perda da posse.

Todavia, a privação da posse ou do seu exercício e a perda da posse significam o mesmo? Se assim for, então não é possível ultrapassar o argumento contra a perda da posse. Por outro lado, se tiverem significados e aplicações diferentes, é possível que a

¹⁵⁶ Paulo Duarte Pereira de Almeida, Restituição provisória da posse, Lisboa, 1989, pág. 25.

privação da posse não implique a perda da posse e, dessa forma, o argumento contra a perda da posse estará ultrapassado. Luís Menezes Leitão, na ação de manutenção, pressupõe que a perturbação não implica a privação da posse para o possuidor, ao contrário do que ocorre no esbulho, na qual o possuidor solicita a “restituição do objecto à sua posse”. E completa a distinção de perturbação e esbulho com o pressuposto da perda da posse. Assim, para este Autor a privação da posse está para a sua perda.¹⁵⁷

Mas vejamos, por um lado, ficar privado significa que se ficou restrito ou impedido de algo, no entanto, parece ser menos do que uma perda. Em última análise, pode-se estar privado de algo momentaneamente, mas ainda assim não se ter perdido e, dessa forma, não ser necessário a restituição do que foi perdido. No entanto, restituir pode também significar devolver, repor, restabelecer o que indicia situações de reposição da situação anterior de não privação da posse.

Enquanto perder significa também ficar privado, todavia, ultrapassar a barreira da privação, implica perder por completo a posse, sendo necessário que ocorresse um reencontro do que está perdido, nomeadamente, a restituição da posse, ou então, num caso extremo, uma nova aquisição.

Assim, esta questão pressupõe três conceitos: o conceito de privação de posse, da perda da posse e da restituição da posse.

A restituição da posse está para a perda ou para a privação da posse? Queremos com isto questionar se a restituição só ocorre quando haja uma perda ou pode também pressupor-se a sua aplicação quando haja uma mera privação da posse. Ou seja, queremos entender se restituição da posse implica previamente a sua perda ou se, pelo contrário, pode ocorrer no âmbito da mera privação da posse.

Restituir pode também significar repor ou fazer voltar ao estado anterior¹⁵⁸, o que significa que ocorreu uma alteração substancial, enquanto manter pode significar defender ou conservar, como permanecer no mesmo estado¹⁵⁹. O que pressupõe que não ocorreu uma alteração de forma substancial que necessite de uma restituição, apenas se pretende defender de agressões externas contra a posse. O que significa que a restituição parece estar para a perda da posse. António Santos Geraldês define esbulho como os atos “que implicam a perda da posse”.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direitos Reais*, 7.º edição, Coimbra: Almedina, 2018, Pág. 151.

¹⁵⁸ <https://dicionario.priberam.org/restituir>, acedido a 21 de dezembro de 2020 pelas 16h54;

¹⁵⁹ <https://dicionario.priberam.org/restituir>, acedido a 21 de dezembro de 2020 pelas 16h58;

¹⁶⁰ António Santos Abrantes Geraldês, *Temas da Reforma do Processo Civil*, vol. IV, 6. Procedimentos Cautelares Especificados, Almedina, Coimbra, 3ª edição Revista e actualizada, 2006, Pág. 44.

Todavia, restituir pode também significar repor a posse numa situação de plenitude, em que deixa de existir qualquer privação, sem que necessite que haja uma efetiva perda. O que implicaria um conceito de esbulho definido como mera privação da posse ou do seu exercício.

Assim sendo, os termos podem ter ambas aplicações para a restituição, pelo que não é possível determinar por esta via qual melhor se ajusta, continuando assim o conceito inidóneo. Todavia, Paulo Almeida faz a distinção entre a privação “da retenção ou fruição da coisa” da perda da posse e desapossamento.¹⁶¹ Pelo que, considera que o ordenamento jurídico prevê a posse como uma afetação material e jurídica, que permite ao possuidor manter a sua posse ainda que o esbulhador adquira posse. Acrescenta ainda que o termo restituição da posse não é o termo “mais feliz”, pelo que o mais correto seria “reintegração da posse”^{162, 163}.

Desta forma, esbulho deveria ser interpretado como a privação do exercício da posse ou privação “da retenção ou fruição da coisa”, sem que isso implique a perda da anterior posse.

1. Privação da posse em situações de perturbação

Parecem existir situações de perturbação em que ocorre privação da posse e, assim sendo, o conceito de esbulho como privação da posse deixa de ser apto e idóneo como conceito de distinção do esbulho da perturbação. Nomeadamente, o artigo 1278.º, n.º 2 do Código Civil enuncia que na perturbação “o possuidor só pode ser mantido contra quem não tiver melhor posse”, o que pode levar-nos a interpretar no sentido de na perturbação o perturbador adquirir uma nova posse. Ora se tal situação acontece então a nova posse pode, em certa medida, implicar a privação da anterior.¹⁶⁴ Mas, em última instância, parece-nos que qualquer violação da posse pelo terceiro irá implicar sempre uma atuação sobre a coisa que afasta e priva de certa forma a posse e o seu exercício.

Acresce ainda que o exemplo dado por Ribeiro Magalhães relativamente aos pinheiros que são cortados¹⁶⁵. Neste caso, a árvore que é cortada não parece colocar

¹⁶¹ Paulo Duarte Pereira de Almeida, Restituição provisória da posse, Lisboa, 1989, pág. 25.

¹⁶² Aspas do autor. Paulo Duarte Pereira de Almeida, Restituição provisória da posse, Lisboa, 1989, pág. 25.

¹⁶³ Paulo Duarte Pereira de Almeida, Restituição provisória da posse, Lisboa, 1989, pág. 25.

¹⁶⁴ Anteriormente realçado a propósito de José Luís Bonifácio Ramos.

¹⁶⁵ Exemplo também caracterizado como perturbação em José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, Código Processo Civil Anotado, vol. 2.º, Almedina, Coimbra, 3.º edição, 2017, Pág. 89.

qualquer problema quanto à privação, pois o possuidor teria posse do terreno em volta, e deixaria apenas de conseguir fruir no momento em que a árvore é cortada ou arrancada.

Mas, observando com mais pormenor, o possuidor é também possuidor da árvore, pelo que pode fazer o que entender, desde cortar troncos, regar, fruir, colocar um baloiço para usar, entre outras coisas. A partir do momento que esta é retirada, o possuidor deixa de conseguir exercer a sua posse, pelo que ocorre privação, na medida em que a violação da posse pode ser sobre parte do objeto da posse, isto é, pode ser parcial. Por isso, apesar de considerada como perturbação, não deixa de ocorrer privação da posse, especialmente se as árvores forem retiradas do terreno.

No entanto, se observarmos apenas do ponto de vista da posse da árvore ocorre claramente uma privação total da posse, embora do ponto de vista do terreno apenas uma parte da posse encontra-se privada. Portanto, será que quando Ribeiro Magalhães elenca o seu exemplo como mera perturbação foi no sentido de analisar a posse no seu todo e uma vez que apenas ocorre numa parte, a privação então não seria suficiente para esbulho? Apenas ocorre uma alteração no exercício e fruição da posse, mas que não implica a total privação do exercício da posse sobre o terreno. Então, como coadunar que o esbulho pode dar-se sobre parte da coisa? Quando ocorre uma privação parcial sobre o objeto, não deve deixar de se considerar como esbulho? Ainda que do ponto de vista da totalidade do terreno não deixa de existir um esbulho parcial?

Existe uma dificuldade de distinção prática dos factos, apontada pela maioria da doutrina, que parece resultar do facto de não existir consenso do que resulta a própria privação. Ou seja, o que para alguns autores parece não implicar uma total privação, pode, em certa medida, ser considerado, por outros, como uma verdadeira privação.

Logo, neste exemplo, ou há uma efetiva privação da posse, nos termos do esbulho, e dessa forma o facto está erroneamente caracterizado, na medida em que deveria ser considerado esbulho. Ou, por outro lado, há uma efetiva privação da posse, mas o facto não deve deixar de se considerar como perturbação, seja porque a privação não é suficiente para determinar como esbulho ou por outro facto externo à privação, o que implica que o critério da privação não é idóneo, porque efetivamente ocorre privação da posse, ainda que seja parcial.

Ainda assim, parece-nos que o exemplo das árvores serem retiradas do terreno levanta mais um problema, que se refere à parcialidade do esbulho. Isto é, pode ocorrer privação do exercício de parte do objeto da posse,¹⁶⁶ que difere da privação do exercício

¹⁶⁶ L. P. Moitinho de Almeida, Restituição de Posse e Ocupações de Imóveis, Coimbra Editora, 5.º edição, 2002, pág. 107.

da posse ou da posse, como uma privação total ao parcial do conteúdo da posse, isto é, dos poderes de uso, fruição, etc. No entanto, Guerra da Mota considera que a parcialidade do esbulho se remete tanto à privação que se verifica na totalidade do objeto como dos poderes e/ou faculdade, que provoca o afastamento do exercício do possuidor.¹⁶⁷

Também é importante relembrar que pode estar implícita a ideia de que o terceiro ao deixar de conseguir fruir, no momento em que a árvore é cortada, a coisa ficou danificada e, dessa forma, não estarmos no domínio do esbulho. Não seria possível nem a devolução da coisa, nem da posse. O possuidor apenas poderia ser compensado nos termos da responsabilidade civil. Situação que não acontecia se a árvore fosse devidamente arrancada e replantada noutra sítio.

Mas, acrescentando outra situação de perturbação, nomeadamente, um terceiro construir um caminho em pedra num prédio alheio¹⁶⁸, uma vez que o possuidor pode exercer a sua posse e chegar à coisa, não existiria privação e, conseqüentemente, esbulho.

Mas será mesmo assim? Então e o possuidor que, nos termos da propriedade, queria construir uma casa na parte do prédio em que foi construído o caminho em pedra e ficou impedido de o fazer, uma vez que, para realizar a construção, teria de destruir o caminho, ou pretendia plantar batatas, e vê-se totalmente impedido? Apesar de à primeira vista não parecer existir um impedimento do exercício da posse, não deixa de existir um impedimento e privação do exercício da posse.

Assim, é necessário criar ou delimitar um critério que determine em que moldes se dá a privação, de forma a ocorrer esbulho. Desta forma, tal critério irá indicar se por um lado o facto está mal “arrumado” ou caracterizado como perturbação, na medida em que ocorreu uma verdadeira privação nos termos do esbulho ou se, por outro lado, podem existir situações de privação na perturbação. Pelo que, se assim for o critério de mera privação da posse não é idóneo para discernir perturbação de esbulho. Antes será necessário um aperfeiçoamento do critério de privação, na medida em que existe também privação na perturbação.

¹⁶⁷ Guerra da Mota, Manual da Acção Possessória, Vol. 1: Acção possessória, embargos de terceiros, Athena Editora, Porto, 1980, Pág. 129.

¹⁶⁸ Exemplo semelhante em José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, Código Processo Civil Anotado, vol. 2.º, 2017, Pág. 89.

2. Desvendar a privação

Como anteriormente verificado, é importante entendermos quando ocorre a privação da posse para determinarmos se estamos perante esbulho. No entanto, na prática, surge alguma dificuldade em percebermos quando ocorre ou não privação da posse.

Assim, falta delimitar em que moldes ocorre uma privação idónea a concretizar esbulho. Por esta razão, torna-se importante criarmos um critério que delimite quando o possuidor fica privado da sua posse. Pelo que podemos, em primeiro lugar, pensar no conteúdo da posse, de forma a ficarmos aptos a verificar se o possuidor fica impedido do seu conteúdo ou não. Na medida em que ficar impedido do conteúdo da posse, significa que ficou privado da posse ou do seu exercício.

José Alberto Vieira considera a posse como um direito real de gozo e enquanto direito subjetivo tem um conteúdo composto por situações jurídicas menores, ativas e passivas¹⁶⁹.

Uma vez que o escopo do direito real, que tem por objeto coisa corpórea, reside em “providenciar ao titular o aproveitamento dela”¹⁷⁰, no entanto, o aproveitamento da coisa varia com o conteúdo do direito que se pretende exteriorizar. Aqueles que veem a posse como situação de facto associam às suas consequências jurídicas os efeitos da posse, por outro lado, quem vê na posse como um direito refere-se ao conteúdo da posse.

Em primeiro lugar, temos o direito de o possuidor usar a coisa, segundo o conteúdo do direito possuído, “projeta-se aqui a sombra do direito a cujo exercício a posse corresponde”¹⁷¹. O uso significa “o aproveitamento das utilidades da coisa com preservação da sua substância”¹⁷².

Em segundo, a fruição que corresponde ao “poder de fazer seus os frutos naturais e civis produzidos pela coisa”¹⁷³. Se o possuidor tiver direito à fruição, na medida em que exterioriza um direito real com fruição, então no exemplo dado em que o terceiro corta a árvore, configurado como mera perturbação, o possuidor não deixa de ficar privado da sua posse uma vez que não consegue fruir o terreno sobre o qual tem posse? Em última análise, deixa de conseguir usar a própria coisa. Obviamente que tendo posse sobre o

¹⁶⁹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 535.

¹⁷⁰ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 281.

¹⁷¹ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição, reimpressão, 2010, pág. 306.

¹⁷² Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 285.

¹⁷³ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 285.

terreno, não é a retirada de uma árvore que vai impedir a sua fruição pelo possuidor. Mas, se a árvore pertence ao terreno, então também existe posse sobre a árvore e, na medida em que esta é arrancada pelo terceiro, o possuidor vê-se privado de exercer a sua posse.

José Alberto Vieira fala ainda do poder de transformação que considera um poder material e requer a posse da coisa de forma a ser exercido.¹⁷⁴ Dá como exemplo para o poder de transformação a construção, uma vez que pode alterar a coisa, enquanto o uso do solo mantém a substância da coisa, por oposição aos “poderes de disposição” (o poder de alienar, o poder de onerar e o poder de renunciar) que são independentes da posse e não a pressupõem, uma vez que são “poderes jurídicos”.

Considera o uso, a fruição e a transformação o núcleo do gozo da coisa.¹⁷⁵

A dificuldade parece resultar da falta de delimitação acerca do tipo de privação que deve ocorrer. Isto é, se basta que um dos conteúdos fique impedido ou, por outro lado, é necessária a totalidade da privação do conteúdo da posse? Assim, falta um critério delimitador para indicar o momento em que ocorre privação. Parece-nos que tal critério deve ser retirado do artigo 1278.º, n.º 1 do Código Civil.

O exemplo das árvores, em princípio, ocorre uma total privação da posse, no momento em que elas são arrancadas e retiradas do terreno, que o problema que se coloca diz respeito à parcialidade do objeto da posse.

O Tribunal da Relação de Guimarães acrescenta que “No que concerne ao esbulho, este «verifica-se nos casos em que a pessoa é privada, total ou parcialmente, do exercício da “retenção ou fruição do objecto possuído”, ou seja, quando fica privada de exercer a sua posse ou os direitos que tinha anteriormente. O esbulho abrange, por isso, os atos que impliquem a perda da posse contra a vontade do possuidor e que assumam proporções de tal modo significativas que impeçam a sua conservação»¹⁷⁶.”

Assim, surge-nos evidenciada a distinção entre privação total ou parcial relativamente ao objeto da posse e a privação total ou parcial do conteúdo da posse. Isto é, na primeira situação ocorre uma privação do exercício da posse, embora possa ser só sobre parte do objeto da posse. O que significa que a privação é parcial, na medida em que está excluído parte da coisa que é objeto da posse. Por outro lado, deve ser feita a distinção entre privação total ou parcial do conteúdo da posse. Isto é, se para ocorrer esbulho, basta que um dos conteúdos da posse, nomeadamente a transformação aconteça, para que ocorra esbulho? Ou, por outro lado, é necessário que ocorra uma total

¹⁷⁴ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 285.

¹⁷⁵ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 286.

¹⁷⁶ Cfr. Processo n.º 3208/19.1T8GMR.G2 do Tribunal da relação de Guimarães, 17-10-2019; Marco Filipe Carvalho Fernandes, *Providências Cautelares*, 2017-3.ª edição, Coimbra, Almedina, p. 260.

privação do exercício da posse, na medida em que o possuidor fica totalmente impedido dos conteúdos da posse?

Para explicar melhor esta perspetiva comparam-se os seguintes casos¹⁷⁷: A primeira situação reporta-se a terceiro que faz um caminho em pedra num terreno alheio e a segunda situação, em que o terceiro constrói um muro com portão a rodear todo o terreno¹⁷⁸. Em princípio, parece que se pode dizer que o primeiro caso é de turbação e o segundo de esbulho, porque no primeiro o possuidor pode exercer a sua posse e no segundo caso não. Na medida em que está impedido de entrar no terreno. Mas, a questão é que, no primeiro caso, se o proprietário, que é possuidor, quisesse construir uma casa no lugar do caminho ou construir um outro caminho, mas com outras dimensões, não o poderia fazer, uma vez que já fora realizado um caminho. Só o poderia fazer se o destruísse. Pelo que não deixa, em certa medida, de estar privado, uma vez que está privado do poder de transformação.

Por isso, questionamos se a privação da posse ou do seu exercício deve ser considerado no seu global ou basta que apenas um dos poderes ou conteúdos da posse esteja totalmente privado para que ocorra esbulho.

José Luís Bonifácio considera que o possuidor esbulhado fica privado da fruição do objeto, enquanto na perturbação apenas diminui, altera ou modifica, mas não a destrói.¹⁷⁹No entanto, não parece claro que José Luís Bonifácio esteja a referir-se apenas a um dos conteúdos da posse. Poderá estar a referir-se à fruição, no geral, de forma a chegar à coisa.

Por sua vez, Nuno Pissarra alerta para o facto de o esbulho não decorrer da privação das faculdades da posse, mas sim da própria posse; na medida em que a coisa é subtraída da esfera de poder do possuidor.¹⁸⁰ Mas, o que significa isso ao certo?

Será que não significa antes, como Nuno Pissarra alerta ou faz vislumbrar, que a privação é da própria posse no sentido de ocorrer uma quebra total e não apenas ocorreu uma privação do conteúdo da posse, mesmo que total. Até porque, em certa medida, tanto no esbulho como na perturbação, parece ocorrer privação da posse. Pois, se assim não fosse, não existiria uma verdadeira violação da posse em termos práticos.

Qual o critério delimitador que nos indique o momento em que ocorre a privação? Parece-nos que a resposta está na interpretação do artigo 1278.º do Código Civil. A única

¹⁷⁷ Parte III, capítulo XI - Alcance da Restituição e Perturbação

¹⁷⁸ José Lebre de Freitas e Isabel Alexandre, Código Processo Civil Anotado, vol. 2.º, Almedina, Coimbra, 3.º edição, 2017, Pág. 89.

¹⁷⁹ José Luís Bonifácio Ramos, Manual de Direito Reais, 2017, pág. 162.

¹⁸⁰ Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, Das Acções Reais, 2019, págs. 738 e 739.

pista que o ordenamento jurídico nos indica são os termos restituição e manutenção. Para além do mais, para que ocorra violação da posse tanto na perturbação como no esbulho parece ter de ocorrer sempre privação. No entanto, a privação que deve ocorrer deverá ser uma privação total, no sentido de existir um impedimento para o possuidor exercê-la; ao contrário da perturbação, na qual ocorre uma alteração. Mas, tal alteração pode resultar apenas numa modificação normal da posse, sem que nenhum dos conteúdos da posse fique privado. Assim, existe uma dicotomia entre a privação da posse, no sentido do possuidor não ter como exercê-la e, por outro lado, uma privação dos conteúdos da posse, que implica a privação do exercício da posse.

Todavia, não é possível determinar com firmeza e clareza quais os limites da privação em que deve ocorrer o esbulho e, por outro lado, a perturbação.

Para além disso, recorrendo ao exemplo em que o proprietário e possuidor de prédio vê terceiro adquirir posse, nos termos da propriedade, sobre a coisa e constrói muro a rodear todo o prédio, no entanto, permite que o proprietário apenas circule pelo terreno. Segundo esta posição não ocorreria esbulho na medida em que o possuidor poderia usar a coisa, através da sua circulação, pois não estaria totalmente impedido da sua posse, na medida em que poderia circular.

No entanto, o anterior possuidor vê-se destituído da sua posse, nos termos da propriedade, apesar de conseguir circular e, por isso, ainda que um dos conteúdos da posse não esteja privado, não deve deixar de se considerar como esbulho, pois existe uma quebra abrupta na posse, nos termos da propriedade. Até porque o terceiro, ao afastar a anterior posse com o seu novo controlo material, pode adquirir propriedade por usucapião, afastando por completo a propriedade anterior. Neste caso, decorre uma das consequências mais gravosas para o possuidor, caso seja também proprietário e nada fizer durante anos. Parece claro que existe uma quebra demasiado forte na posse. Apesar de o anterior possuidor conseguir, em certa medida, usar a coisa e, por isso, se ter formado outra posse, nos termos de uma servidão de passagem.

Ou seja, sendo para o esbulho necessário uma privação total dos conteúdos da posse, as situações de perturbação em que ocorre privação não colocariam problema, uma vez que o critério seria a privação total dos conteúdos da posse. No entanto, parecem existir situações de esbulho em que tal critério não funciona.

Posto isto, parece-nos que o conceito de esbulho não passa pela privação da posse. Ou do exercício da posse. Na medida em que basta, em algumas situações, que um dos poderes do conteúdo da posse esteja totalmente privado para que ocorra esbulho. No entanto, existem também situações de perturbação em que tal também ocorre.

Por essa razão, o conceito de esbulho como privação da posse ou do seu exercício irá sempre causar complicações no momento de aplicação ao caso concreto. Então, se assim é, não parece que a análise do conteúdo do direito real nos vá indicar qual o momento ou as circunstâncias em que passa a existir esbulho ou se trata de mera perturbação, visto que, em ambas situações, ocorre privação.

Portanto, a solução do problema não deve, com o devido respeito, passar por aqui. Isto é, em ambas as situações, tanto de perturbação como de esbulho, pode ocorrer a formação de um *corpus* possessório, que pode, de certo modo, implicar sempre a privação da posse ou do seu exercício. Nem a interpretação do artigo 1278.º, n.º 1, do Código Civil, é suficiente para nos indicar que tipo de privação é idónea a que haja esbulho. Para além disso, o n.º 2 do artigo 1278.º ainda parece contrariar, na medida em que indica que se formar posse nas situações de perturbação e, conseqüentemente, ocorre uma privação.

Todavia, ainda que este critério não seja determinável por esta via e assim não consigamos verificar se podem ocorrer situações de privação na perturbação, poderemos ter uma pista que solucione o problema. *In casu*, o problema que está relacionado com o facto de, nas ações possessórias de manutenção e de restituição, poderem existir condenações de diferente dimensão e amplitude. Tais condenações implicarão que, consoante o facto e a sua respetiva condenação, estejamos perante esbulho ou não. Isto é, de forma a averiguar e comprovar se efetivamente os factos de perturbação, em que ocorre privação, estão ou não erroneamente caracterizados consoante o tipo de condenação. Desta forma, poderemos entender se o conceito de privação da posse é ou não idóneo.

3. Alcance da Ação de Restituição

Alberto dos Reis parece dizer que os resultados das condenações das ações de manutenção e restituição são iguais, que não existe qualquer diferença.¹⁸¹ No entanto, como refere Ribeiro Magalhães¹⁸², na ação de manutenção não se pode pedir demolição de obras; por isso, parece que, afinal, as ações devem ter resultados diferentes, no sentido de que a ação de restituição implica uma maior atuação ou esforço por parte do terceiro, autor do facto. Para além disso, a ação de restituição parece dever ter um nível de maior eficácia face à violação da posse, dado que, se assim não fosse, não seria

¹⁸¹ Albertos dos Reis, Processos Especiais, Vol. 1- reimpressão, 1982, pág. 377.

¹⁸² Cf. Antonio Leite Ribeiro de Magalhães, Manual das acções possessórias e seu processo, 1895, pág. 107.

necessário criar duas ações possessórias, bastaria uma. Tornaria uma das ações vazia e sem sentido, neste caso, a de esbulho, uma vez que poderia fazer o mesmo na ação de manutenção.

A perturbação parece implicar uma violação não tão gravosa, relativamente à que ocorre com o esbulho. Por essa razão, a condenação na ação de manutenção poderá implicar uma intensidade ou dimensão diferente da ação de restituição. Assim, se ambas as ações são de condenação, as suas respostas, para além de serem diferentes, devem envolver para o réu um diferente grau de exigência da condenação. Pelo que, na ação de restituição, o réu deverá sofrer uma condenação mais penosa ou mais difícil de suportar, no sentido de se exigir um maior esforço, em comparação com a condenação da ação de manutenção. Portanto, o terceiro, enquanto réu, será condenado numa maior atuação.

Contudo, tal comparação não é do ponto de vista sistemático correta, pois não podemos comparar dois casos diferentes e tentar concluir, conforme o tipo de condenação, qual a sua classificação. Não nos parece que seja assertivo, porque não é por uma condenação ser um pouco inferior a outra que não significa que ainda não estamos perante esbulho.

Para além disso, ao comparar os casos consoante a condenação, já teríamos contaminado a condenação, uma vez que, primeiro, temos em conta a caracterização do facto. Isto é, quando nos propomos a definir a condenação da ação de manutenção ou restituição, primeiro definimos o facto como esbulho ou perturbação e de seguida concretizamos a condenação consoante a caracterização do facto. Aliás, quando Ribeiro Magalhães expressa a ideia de que não se pode demolir obras nas ações de manutenção, já tem contaminado a condenação, na medida em que ao considerar um facto como perturbação, não irá condenar na demolição de obras. Portanto, neste caso, seria necessário fazer o percurso contrário, isto é, definir primeiro a condenação, para depois entendermos se estamos perante esbulho ou perturbação.

Assim, seria necessário antes criar um critério que nos indique que condenação é necessária para que a violação cesse e, após a concretização da respetiva condenação, outro critério que determine se esta corresponde a uma condenação da ação de restituição ou de manutenção.

Para determinar o critério que nos indique que condenação é necessária para que a violação cesse, isto é, se bastaria a cessação dos actos do terceiro ou para além disso, a demolição de obras, teríamos que olhar para o facto do terceiro isento ainda de qualquer caracterização e determinar o que seria necessário para deixar de existir violação da posse. Para isso, seria necessário questionar o que é exigível ou não pedir

para o possuidor suportar. Teríamos que determinar em primeira instância se ocorreu ou não uma privação que necessite de ser restituída. Assim, significa que para verificar que tipo de condenação é necessário, já teríamos que ter determinado se ocorreu ou não uma privação.

Por outro lado, para o limite que determina se estamos perante restituição ou manutenção, perguntamos que tipo de atuação se pode exigir em cada ação possessória. Isto é, na acção de restituição o possuidor é restituído, por isso, parece que o esbulhador estaria obrigado a repor a situação anterior, ou pelo menos, ter que realizar uma atuação para restituir a posse ao possuidor. Enquanto na ação de manutenção, o possuidor apenas é mantido. Nesse sentido, o pedido na ação de manutenção seria a condenação do terceiro a reconhecer a posse do autor e a cessar os atos que violam a posse¹⁸³, na medida em que a posse apenas é mantida.

Assim, após determinarmos a condenação necessária para o facto, teríamos que passar pelo crivo do alcance da ação. Ou seja, teríamos que verificar se tal facto implica a restituição da posse ou sua manutenção. Mas o que significa ao certo o terceiro ter que restituir a posse? Isto é, como é que sabemos quando a posse tem que ser restituída? E quais os factos que implicam a restituição? A demolição de uma obra poderia ser considerada como restituição da posse ou como manutenção? Se considerar que a obra apenas altera a retenção e fruição da coisa, sem que prive, então a remoção já seria apenas manutenção? Para isso, já teria que saber se ocorreu uma privação na posse ou em que moldes se dá a privação? Parece-nos que para sabermos a resposta a tal pergunta seria necessário que estivesse já predeterminado que tipo de violação ocorreu para sabermos o que é necessário realizar para manter ou restituir. Ou seja, já teríamos que ter definido esbulho ou perturbação, de forma que exista restituição ou mera manutenção. Assim, o crivo do alcance da restituição não seria cabal. Pois, seria necessário usar o conceito de esbulho para determinar o que é necessário, a fim de expurgar a violação da posse.

Ou seja, se olharmos para o facto e entendermos o que se perdeu para que necessite de ser restituído, de modo a caracterizar a condenação como restituição ou manutenção, já é necessário ter determinado em que moldes se dá uma privação no âmbito da perturbação e em que moldes se dá a privação no âmbito do esbulho; ou, se por outro lado, não ocorre efetivamente privação na perturbação.

Desta forma, não é possível verificarmos se os factos de perturbação estão mal caracterizados.

¹⁸³ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição, reimpressão, 2010, pág. 325.

Importa não esquecer a distinção entre a condenação da ação possessória e a obrigação de indemnização, apesar de a obrigação de indemnização poder ser semelhante à condenação na ação possessória, no sentido em que implica a reposição da situação anterior, de forma a compensar os danos, uma vez que, nos termos do art. 563.º do Código Civil, deve reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido o dano. No entanto, a obrigação de indemnizar é proveniente dos danos causados à parte, pelo que pouco importa se ocorreu esbulho ou perturbação, enquanto a obrigação de repor a situação anterior advém da própria violação, independentemente dos danos que possam surgir.

4. Atos Continuados

Poderá a continuação de atos funcionar como critério diferenciador entre a perturbação e esbulho?

Na situação em que o terceiro constrói o muro e impede o possuidor de entrar, ocorre esbulho com um só ato, mesmo que não haja a prática de mais atos, o possuidor esbulhado continua privado da coisa e isso é notório. Contudo, no caso de mera perturbação, pode parecer que, se não existir uma continuidade de atos, não há mais violação da posse.

No entanto, na primeira situação, se o esbulhador abandonar a coisa, deixa de existir uma privação nos termos do esbulho, mas passa a existir uma privação nos termos do dano. A situação de terceiro esbulhar o possuidor, mas depois abandonar a coisa, não seria suficiente para intentar ação de restituição; não existiria causa que justificasse intentar a ação. Tem sempre como pressuposto, ou implícita, a convicção de que o terceiro tem uma posse que viola a posse anterior, visto que a violação da posse tem como fonte um corpus de terceiro sobre a coisa. Não faria sentido, no caso de o terceiro construir o muro e depois abandonar o prédio, que o possuidor viesse intentar ação possessória sabendo que o prédio está abandonado; poderia sim intentar ação de indemnização pela destruição do muro ou pelos danos e esforço que teria de ter ao entrar de novo no prédio e readquirir, novamente, a sua posse.

No caso do arrendatário se recusar a sair no final do contrato de arrendamento, do respetivo apartamento ou vivenda, apesar de este permitir a entrada do possuidor, também proprietário, não deixa de ocorrer esbulho, na medida em que a restituição vai para além de devolver a coisa ou permitir que o possuidor volte a não estar privado da

coisa. Assim, esbulho ocorre ainda que o terceiro continue no imóvel a residir como se fosse proprietário.

Portanto, para que ocorra um verdadeiro esbulho tem que necessariamente existir um novo controlo material que dê forma a uma nova posse.

Assim, não seria um elemento suficiente para distinguir a perturbação do esbulho, pois, de algum modo, no esbulho há aquisição de um *corpus* possessório, que pode implicar a continuação de atos.

Portanto, para que ocorra uma verdadeira violação da posse, tem de necessariamente existir um novo controlo material que dê forma a uma nova posse, ainda que esta não se forme porque o terceiro não tem intenção de agir como tal.

Por outro lado, temos a situação em que o terceiro que passa uma vez em terreno alheio, não é necessário o possuidor intentar uma ação de manutenção, apesar de ter existido uma violação, a ação possessória, neste caso, de nada vale. Por isso, pressupõe-se que haja uma continuidade de atos ou que pelo menos se tenha formado uma posse na esfera do terceiro, que indique que a qualquer momento exista nova perturbação. O mesmo se aplica para o esbulho. Mas neste caso estamos perante uma situação de viabilidade da ação possessória.

Vejamos, o facto de terceiro passar todos os dias durante um mês, no terreno do possuidor, torna mais do que suficiente e necessário que se intente uma ação possessória. Obviamente que, quando o possuidor vai intentar a ação de manutenção não é por causa da última vez que o terceiro passou no prédio, pois a violação já não se está a consumir, nem o juiz pode fazer nada em relação a isso, apenas condenar no pagamento de indemnização por danos. O que acontece é que há uma convicção ou, pelo menos, um *corpus* que se formou na esfera do terceiro, a qual o possuidor quer afastar e que justifica que, provavelmente, o terceiro irá passar novamente. Até porque, no limite, se o possuidor nada fizer, o terceiro adquire servidão de passagem. Desta observação resulta que é necessário, para intentar uma ação possessória, a aquisição de uma nova posse ou *corpus* pelo terceiro, independentemente, de estarmos perante esbulho ou perturbação. É importante ressaltar também que não poderá estar em risco de entrar na ação de prevenção, uma vez que nesta apenas existe uma mera ameaça de violação da posse, enquanto naqueles já se formou um *corpus*/controlo material que ofende a anterior posse.

No entanto, pode dar-se um novo controlo material e ainda assim não se dê aquisição da nova posse, ou seja, pode o terceiro atuar no âmbito de uma mera detenção. A questão é que, na mera detenção, forma-se um *corpus*, que normalmente daria forma a

uma nova posse, contudo há exclusão pelo simples facto de o terceiro, neste caso o beneficiário, não ter intenção de agir como possuidor ou estar a agir na tolerância do possuidor, como também a situação de ser representante ou mandatário do possuidor. Mas vejamos, na situação de não se formar posse, porque existe uma tolerância do possuidor, significa que não existe qualquer violação da posse, tal só passaria a ocorrer no momento em que o possuidor deixasse de tolerar e automaticamente se formaria a nova posse, na esfera do terceiro. O mesmo acontece na situação do terceiro ser o representante ou mandatário. Só a situação de o terceiro não agir com intenção é que muda de figura. Ou seja, acontece que se forma um novo *corpus* possessório que seria idóneo à aquisição de uma nova posse, contudo esta só não se forma porque o *animus* não se forma na esfera do terceiro. Ainda assim, esse novo controlo material é suficiente para que se viole a anterior posse, visto que é apto a afastar o anterior controlo material.

5. Privação hipotética

Todavia, devemos questionar ou levantar outro problema, que tem que ver com a situação em que o ato de terceiro, em concreto, não priva o possuidor da sua posse, nomeadamente o proprietário, que é possuidor, e pretende construir um caminho. No entanto, o terceiro constrói exatamente o caminho com as medidas adequadas e geograficamente no sítio que o possuidor pretendia. Ora, nesta situação, não ocorreu qualquer obstáculo à posse do possuidor. Ou, também, a situação em que terceiro constrói um muro sobre o prédio alheio, no entanto, o possuidor encontra-se a viver no estrangeiro, pelo que não pretende entrar no prédio. Claro que se o possuidor estiver no estrangeiro e, por isso, não tentar entrar no prédio, não vê a sua posse efetivamente ofendida, e se aquando do seu regresso o terceiro tiver tirado a vedação, não é por isso que o possuidor não vê a sua posse ser ofendida. Não poderá configurar-se esta situação como esbulho? Não poderá o possuidor intentar ação possessória, uma vez que não pretende entrar no prédio?

O mesmo acontece quando uma nova posse se forma sobre a mesma coisa e esta é incompatível com a posse já existente. Não é por não serem realizados atos que não afetem em concreto o possuidor que não deixa de existir uma ofensa à posse existente, pois se estes forem realizados no âmbito de uma posse incompatível, então, configuram-se como esbulho.

Na prática, pode parecer que não existe qualquer privação ou até mesmo perturbação à posse do possuidor. No entanto, se o terceiro o fizer como sendo

proprietário, a sua posse é um obstáculo à posse do anterior possuidor, mesmo que o possuidor não tenha ficado impedido em concreto.¹⁸⁴

No entanto, pode ocorrer uma total privação do conteúdo da posse e ainda assim não se dar esbulho, na medida em que há ou está pressuposta a ideia de legitimação da atuação do terceiro, nomeadamente, o arrendatário que usa o locado nos termos de um contrato de arrendamento.

Capítulo III- Privação da Coisa

José Alberto Vieira considera que a restituição deve ser da coisa e não da posse, porquanto não pode ocorrer a perda da posse.¹⁸⁵ Assim, o esbulho significa a privação da coisa, que ocorre no momento em que o esbulhador retira a coisa da esfera de poder do possuidor, isto é, concretiza-se o desapossamento da coisa. Afirmando que, quando tal situação se concretiza, ocorre a destruição do *corpus* possessório. Pressupõe, então, que sempre que ocorra privação da coisa ocorre a destruição do *corpus* possessório. Quando não ocorra tal privação, estaremos no âmbito da perturbação e, conseqüentemente não se dá a destruição do controlo material.

Pretende este autor significar que a restituição, prevista no artigo 1278.º do Código Civil, é da coisa, implica a privação anterior da coisa, através do desapossamento da coisa, que origina a destruição do *corpus* possessório e, conseqüentemente, a violação da posse.

Assim, a diferença entre perturbação e esbulho reside na circunstância de ocorrer o desapossamento/privação da coisa no esbulho, ao contrário do que ocorre na perturbação. Portanto, a violação da posse, ocorre porque o possuidor vê tanto no esbulho como na perturbação a sua posse afetada. No esbulho, dá-se a afetação da posse pela privação da coisa, pois o possuidor, ao ficar privado da coisa, não consegue alcançá-la e, conseqüentemente, não consegue praticar atos materiais sobre a coisa, pelo que perde o seu controlo material, isto é, ocorre uma destruição do *corpus* possessório. A violação da posse, significa que o esbulhador/perturbador, através da sua atuação sobre a coisa, afeta o exercício da posse, em princípio, porque afasta a coisa da esfera do anterior possuidor. No esbulho, o possuidor fica totalmente privado da coisa, na qual tem

¹⁸⁴ José Oliveira Ascensão a propósito dos atos facultativos considera que se do não aproveitamento ou exercício de uma faculdade resultar numa vantagem para terceiro, não se considera que este adquira posse, exemplifica com as águas que o proprietário não utiliza, situação diversa da enunciada por nós, na medida em que ocorre uma evasão da esfera jurídica do possuidor e este não pode a todo o tempo retomar normalmente o uso da coisa; em José Oliveira Ascensão, Direito Civil- Reais, 5.º edição, Pág. 91.

¹⁸⁵ José Alberto Vieira, Direito Reais, 2016, Pág. 546, nota de rodapé n.º 1789.

como consequência a destruição do *corpus* possessório, ao contrário do que ocorre na perturbação. Por isso, pressupõe que, quando o possuidor fica privado da coisa, ocorre sempre a destruição do *corpus* possessório.

Para além disso, estando no âmbito da violação da posse, faria sentido o artigo 1278.º do Código Civil referir-se à restituição da posse e não da coisa. Contudo, não é totalmente desapropriado a restituição da coisa, posto que o direito real diz sempre respeito à coisa e está ligado a ela, portanto, se ocorrer uma violação na posse, obviamente o possuidor não consegue alcançar a coisa e, dessa forma, tem de necessariamente ser restituída a coisa. Todavia, questionamos se será necessariamente assim.

Será que o possuidor ficar privado da coisa não implica necessariamente o mesmo que ficar privado da posse?

Dessa forma, pode parecer que ocorre também uma privação da posse, na qual deve e pode ser reposta, tal como os restantes autores enunciam. Pelo que, pode vislumbrar-se que a privação da coisa não fica muito distante da privação da posse.

No entanto, parece certo que, se o possuidor fica privado da sua posse, então, está também privado da coisa, nem que seja em certa medida, uma vez que não tem como chegar à coisa de forma a exercer a sua posse.

Poderão existir situações em que ocorra a destruição do *corpus* possessório, sem que se verifique a privação da coisa? Será que nesses casos não deve ainda assim considerar-se como esbulho? Não terá ocorrido uma violação da posse suficientemente grave para que se considere esbulho?

Nomeadamente, a situação em que A é possuidor, nos termos da propriedade do terreno x há 3 anos. B vem apoderar-se do terreno e constrói um muro, de forma a impedir a entrada de estranhos, dizendo que é o novo proprietário. No entanto, permite que A apenas circule pelo terreno, mas na qualidade de mero detentor ou possuidor, nos termos de servidão de passagem.

O anterior possuidor, vê o seu *corpus* possessório destruído, nos termos da propriedade, no entanto, passa a ter *corpus* possessório nos termos de uma servidão de passagem. Pois o terceiro com a sua nova posse, vem afastar a anterior. Até porque, em última instância, se nada fizesse, o terceiro poderia usucapir nos termos da propriedade e o anterior possuidor ficaria sem a sua propriedade e apenas poderia usucapir nos termos de uma servidão de passagem.

O exemplo em que o terceiro passa a exercer controlo material sobre o imóvel, no qual indica ao proprietário e possuidor que agora é ele o novo proprietário, pratica atos

como mudar a fechadura, paga IML, pinta as paredes, faz obras na casa, no entanto permite que o proprietário e anterior possuidor habite na casa desde que pague renda. Nesta situação, é visível a continuação do anterior possuidor a exercer atos materiais sobre a coisa. Apesar de se poder considerar que ocorre em certa medida uma privação da coisa. Este não está totalmente privado da coisa, na qual ainda habita e reside.¹⁸⁶

O ordenamento jurídico não permite que existam duas posses contrárias exercidas nos mesmos termos, sobre a mesma coisa, apenas nas situações de comosse. Por isso, ocorria uma quebra da anterior quando se formasse uma nova posse, exercida nos mesmo termos da anterior. Ou seja, o anterior possuidor deixa de ter uma posse efetiva nos termos da propriedade, apesar de manter um corpus, nos termos de mera detenção, ou, no primeiro caso, dá-se uma apossamento nos termos de servidão de passagem.

Assim, parece que a interpretação no sentido da restituição da coisa deixa algumas situações que merecem tutela possessória, no âmbito de esbulho, desprotegidas, apesar de, ainda assim, serem consideradas como perturbação e protegidas dessa forma.

Todavia, nem todas as situações de esbulho, implicam privação da coisa, existe, portanto, uma clara distinção entre privação da coisa e quebra do *corpus* possessório.

Posto isto, a restituição da coisa e a consequente privação da coisa não parecem idóneas para o conceito de esbulho. Pois deixa algumas situações desprotegidas, que deveriam ser tuteladas, situações essas em que ocorre uma quebra no *corpus* possessório e levam à perda da posse, decorrido um ano. Ou seja, não é por o possuidor não estar totalmente privado da coisa que não ocorre esbulho. As situações em que ocorre uma quebra total do *corpus* possessório devem ser consideradas como esbulho.

Mas, antes, devemos perceber o que é violação da posse. Pretendemos entender no que consiste a violação da posse, para podermos afirmar se ocorre uma privação da coisa ou da posse, na qual é necessária a respetiva restituição.

¹⁸⁶ Podemos questionar se não deveria antes considerar-se uma situação de comosse, que levaria à situação de copropriedade, caso existisse usucapião. No entanto, para que existisse situação de comosse, em princípio o não poderia ser exercida de forma contrária, o que acontece neste caso. Seriam necessário ambas a partes começarem a exercer uma posse de acordo e respeito entre ambas, ou então no caso de coisa indivisa, cada possuidor exercia o seu controlo sobre uma parte do imóvel.

Parte III- Da tomada de Posição

Torna-se imperativo tomarmos posição sobre o conceito de esbulho. Assim, esbulho vem tratado nas ações possessórias, nas quais, pressupõe a violação da posse, portanto, este reflete-se como violação da posse. Apesar de existir referência a esbulho na ação de reivindicação.

Contudo, parece-nos que os Autores partem da única pista que o ordenamento jurídico dá, isto é, usam, por forma a caracterizar esbulho, a distinção dos termos “restituído” e “manutenção”, prevista no artigo 1278.º, nº1 do Código Civil. O problema é que o ordenamento não é claro quanto àquilo a que se refere que deve ser mantido ou restituído, pelo que é possível interpretar o normativo da forma que nos apraz. Portanto, salvo o devido respeito, esse não nos parece o caminho mais viável, uma vez que não poderemos determinar ao certo o que significa restituir se é a própria posse ou até a coisa, pelo que se torna redundante partir daqui.

De certa forma, ambas as interpretações fazem sentido, no entanto, antes devemos perceber o que é a violação da posse. Importa, primeiro, entender qual o conceito de esbulho e em que moldes se dá, para então, com confiança, dizer o que se perdeu para que necessite de ser restituído. Pois, pode até acontecer que o possuidor esbulhado não fique longe da coisa e, então, não seja necessária a restituição da coisa ou vice-versa. Por esta razão, propomos um diferente percurso.

À medida que íamos analisando a doutrina e a forma como configurava esbulho, fomos percebendo que considera esbulho como uma das formas da perda da posse, nos termos do Artigo 1267.º, n.º 1, al. d) do Código Civil. A questão que aqui surge é que, nos termos desta alínea, a perda da posse dá-se, decorrido um ano, com a aquisição da nova posse. Então, tornou-se claro, à primeira vista, que a diferença entre esbulho e perturbação seria no momento em que o terceiro adquiria a nova posse.

José Oliveira Ascensão indica esbulho como a designação para a “constituição de uma posse sem o consentimento do possuidor”¹⁸⁷. O problema surge no artigo 1278.º, n.º 2, do Código Civil, quando prevê que também se dá a aquisição de uma nova posse na perturbação, porquanto o possuidor só pode ser mantido ou restituído se tiver uma melhor posse. Significa, por isso, que o terceiro também adquiriu posse e dessa forma há concurso de posses. Tal como indica Rui Pinto Duarte que o artigo 1278.º, n.º 2 e n.º 3,

¹⁸⁷ José Oliveira Ascensão, Direito Civil- Reais, 5.º edição, Pág. 124.

do Código Civil “ao regularem as ações de manutenção e restituição da posse, admitem a sobreposição de situações possessórias”.¹⁸⁸

Faz todo o sentido que assim o seja. Ou seja, se a perturbação e o esbulho se dão por facto de terceiro, que envolve a violação da posse, então, só pode significar que o terceiro, ao violar a posse com a sua atuação, esta só pode decorrer sobre a coisa, o que implica a aquisição de uma nova posse. Portanto, a distinção entre esbulho e perturbação não pode decorrer da aquisição da nova posse. Mas, prossigamos.

A posse tem dois elementos fundamentais, o *corpus* possessório e o *animus*, apesar de no ordenamento jurídico português, este elemento funcionar como descaracterizador da posse¹⁸⁹. Se a perturbação e o esbulho surgem como violações da posse, então, a violação do terceiro só pode alterar o *corpus* possessório. Significa que, em ambas as situações, ocorre uma alteração no *corpus* possessório, visto que o terceiro não tem como alterar o *animus* do possuidor.

Quando a violação ocorre pela atuação de terceiro e essa atuação implica a violação da posse, só pode significar que o terceiro agiu sobre a coisa de tal forma, que adquiriu novo *corpus*, através do qual vem afastar o anterior.

Deste modo, o terceiro tem de necessariamente ter um controlo sobre a coisa, exercido de forma contrária à posse já existente, que implica o afastamento ou violação da anterior posse¹⁹⁰. Só com um novo controlo material sobre a coisa é que o terceiro consegue prejudicar o anterior possuidor, no sentido de que vem afastar o seu controlo material. Todavia, tem sempre de se opor ao controlo material já existente. Por essa razão, pode ocorrer uma privação da posse ou do exercício da posse nos casos de perturbação.

Se pensarmos no que consistem as ações possessórias, estas configuram-se como meios de defesa da posse, considerando que vem um terceiro interferir com a coisa. Ou seja, a posse refere-se normalmente à exteriorização de um direito real de gozo, mesmo que este não exista. Assim, se alguém vem usar a coisa sobre a qual o possuidor tem a sua posse, obviamente, que vai existir um conflito de interesses e, consequentemente, uma das posses vai ficar prejudicada. O mesmo acontece quando existe o direito real a que se remete a posse. Nomeadamente, o proprietário que vê terceiro usar a sua coisa, em princípio, irá ver o seu direito real afetado, por isso, poderá intentar ação de reivindicação. Ou por outro lado, poderá intentar ação possessória de forma a poder exteriorizar novamente o seu direito plenamente. A violação da posse não

¹⁸⁸ Rui Pinto Duarte, Curso de Direitos Reais, 4.ª edição, 2020, Pág.487.

¹⁸⁹ Cf. José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág. 473.

¹⁹⁰ Tal como enuncia José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág. 473.

se dá porque o terceiro vai agir sobre o possuidor no sentido de o impedir de exercer a sua posse, mas dá-se violação da posse quando este pratique atos sobre a coisa. Isto é, porque adquire um novo controlo material sobre a coisa. O sequestro do possuidor não implica violação da posse, mas exclusivamente violação dos direitos de liberdade e integridade física da própria pessoa do possuidor.

Isto porque se a posse se remete à coisa, no sentido de existir controlo material, então a sua violação vai ocorrer por dar-se tal afastamento, obviamente que o terceiro só pode provocar tal afastamento com a sua própria atuação sobre a coisa, assim só pode ocorrer violação da posse, de qualquer forma com a aquisição de uma nova posse ou pelo menos com a aquisição de um controlo material apto à aquisição de posse.

Portanto, o terceiro atua sobre a coisa de forma a alterar o *corpus* possessório anterior, tal atuação implica que o terceiro adquira o controlo material da coisa¹⁹¹. Isto é, o terceiro de forma a violar qualquer posse já existente tem, necessariamente, de adquirir um *corpus* apto à aquisição de uma nova posse.

Conseguimos entender que a violação da posse se dá por atuação de terceiro sobre a coisa, no momento em que este adquire um novo controlo material/*corpus* possessório exercido contrariamente à posse anterior, só assim há conflito de interesses. Considerando que a violação decorre da alteração do anterior controlo material por força de um novo, tal situação implica um conflito de interesses não coadunáveis. Ou seja, tanto no esbulho como na perturbação dá-se aquisição, pelo terceiro, de um novo controlo material ou *corpus* exercido de forma contrária à posse anterior, na qual pode implicar, em certa medida, a privação da posse e do seu exercício, como também da coisa.

Capítulo I- Quebra do *corpus* possessório

O ordenamento só caracteriza duas formas de alterar o *corpus* possessório, uma vez que só considera a perturbação e o esbulho. Nestes termos, cumpre perceber qual o critério de distinção usado. Por conseguinte, como explicar a diferença entre esbulho e perturbação?

Posto que é possível violar ou ofender a posse através de inúmeros factos, isto é, através de diversas atuações, torna-se, dessa forma, necessária a caracterização de tais factos, por forma a criar várias categorias. Contudo, parece-nos que o ordenamento jurídico prevê três formas de organizar ou de caracterizar os factos de terceiro, uma vez que considera como factos merecedores de tutela, por parte do possuidor, as ameaças,

¹⁹¹ ver a propósito da posse.

que não resultam numa efetiva violação, a perturbação e, por fim, o esbulho. Para além disso, o ordenamento jurídico prevê ainda uma outra modalidade de esbulho que será o esbulho violento.

A caracterização poderia ter sido feita em mais categorias, desde que existisse a aplicação de um critério delimitador idóneo. Ou seja, a forma de arrumar os factos com características semelhantes é através da criação de um critério. Podemos, por exemplo, arrumar num armário a roupa por cores ou então pelo tipo de tecido, o mesmo acontece na situação dos factos violadores da posse. É possível criar várias categorias de factos tendo em atenção determinado critério. No entanto, apenas existem duas categorias para a concreta violação da posse, para a qual a lei prevê como respostas, as ações de manutenção e restituição, para as categorias de ofensas à posse. Assim, é preciso descortinar qual o critério usado para caracterizar ou enquadrar os atos ofensivos à posse nas diversas categorias, de forma que se aplique a ação mais adequada. A lei, apesar de padronizar, não dá o critério para aplicação do facto às respetivas categorias. Cumprenos, por isso, criar ou desvendar tal critério.

O conceito de esbulho define-se com a distinção entre perturbação e esbulho, uma vez que a mera ameaça não corresponde a uma efetiva violação, portanto a divisão das ofensas da posse deve apenas correr entre a distinção do conceito de perturbação e de esbulho. No entanto, torna-se de difícil distinção a linha ténue entre o início de esbulho e o término da perturbação.

Assim, tendo a perturbação e o esbulho como as únicas verdadeiras categorias em que ocorre uma efetiva violação da posse e, por isso, sendo polos opostos, parece-nos que a única diferença antagónica poderá ser a ocorrência da quebra ou não do controlo material da posse do possuidor. Isto é, a atuação de terceiro, através da aquisição de um novo *corpus*, implicaria nas situações de esbulho a quebra do *corpus* possessório anterior. Ao contrário da perturbação, onde tal quebra não ocorreria. Assim, ocorre uma perda do controlo material, que resulta na transferência de posse efetiva para não efetiva.¹⁹² Mas, não tem de ocorrer necessariamente uma privação total da coisa.

Para além disso, com o artigo 1278.º, n.º 1 do Código Civil, podemos perceber, pelo uso do termo “restituído”, onde se contrapõem ao termo “mantido”, que o esbulho é mais gravoso que a perturbação ou, pelo menos, implica consequências mais gravosas. Assim, se numa ação ocorre a manutenção e na outra a restituição, só pode significar que na manutenção não ocorreu tal quebra, apenas ocorreram alguns inconvenientes à normal prossecução da posse, enquanto na ação de restituição, naturalmente pensada

¹⁹² Rui Pinto Duarte, Curso de Direitos Reais, 4.º edição, Pág.485.

para o esbulho, já teria ocorrido uma quebra no *corpus* possessório, que teria de ser restituído.

O artigo 1267.º, n.º 1, al. d), do Código Civil prevê a situação, em concreto, da perda da posse anterior ocorrer com a aquisição da nova posse, isto é, a atuação de terceiro provoca, na anterior posse, uma quebra do *corpus* possessório. Pois, nos termos do artigo 1257.º, n.º 1, a posse dura apenas enquanto existir atuação correspondente ao direito ou a possibilidade de continuar, o que não acontece quando ocorre uma quebra do *corpus* possessório. Por conseguinte, se com a violação da posse surge um novo controlo material, então, parece-nos que o artigo 1267.º, onde se prevê a perda da posse por aquisição de outra posse por terceiro, tem aplicação.

O terceiro, com a sua atuação, provoca o afastamento do controlo material da coisa do anterior possuidor e, conseqüentemente, a quebra do *corpus* possessório. Tem de ocorrer uma quebra e perda do controlo material que, conseqüentemente, leva à perda da posse, de forma que se torna imperativo que o *corpus* possessório seja restituído.

O controlo material só pode ser afastado quando ocorra uma interferência de terceiro sobre a coisa, isto é, só com um novo controlo material sobre a coisa é possível afastar outro já existente. Assim, a perda da posse dá-se porque deixa de existir a possibilidade de “atuação correspondente ao exercício do direito”, na medida em que ocorre uma quebra, tal como resulta diretamente do artigo 1257.º, do Código Civil, na qual prevê a conservação da posse “enquanto durar a atuação correspondente ao exercício do direito ou a possibilidade de o continuar”¹⁹³.

Essa quebra, que se retira da interpretação do termo “restituído” do artigo 1278.º do Código Civil, só pode ocorrer com a aquisição da nova posse. Desta forma, o artigo 1267.º, n.º 1, al. d) do Código Civil indica-nos a posse de outrem como esbulho. Por isso, a ligação entre o artigo 1267.º, n.º 1, al. d) do Código Civil e o conceito de esbulho reside no facto de esbulho implicar a quebra do *corpus* possessório.

Mas, então, em que moldes pode o artigo 1267.º, n.º 1, al. d) ser aplicado e, se assim for, como ultrapassar o argumento contra a perda da posse defendido por José Alberto Vieira? Para além disso, pode também ser aplicado à perturbação, na medida em que se adquire nova posse e, por isso, tal posse implicaria a perda da anterior posse?

¹⁹³ Transcrição do artigo 1257.º, n.º 1 do Código Civil.

O artigo 1267.º, n.º 1, al. d) do Código Civil prevê a perda da sua posse, quando terceiro adquira nova posse sobre a mesma coisa, se esta durar mais de um ano.

Por essa razão, a doutrina analisada considera a nova posse do terceiro como esbulho e, na medida, em que dure por mais de um ano, tem como resultado a perda da anterior posse. Todavia, esbulho não provoca automaticamente a perda da posse, uma vez que só com o decorrer do tempo é que esta ocorre, no entanto, não deixa de estar implícito de que o esbulho ocorre por aquisição de uma nova posse.

Apesar de alguns Autores não tomarem posição quanto à questão da privação da posse, isto é, se implica perda da posse ou não, consideraram o artigo 1267.º, n.º 1, al. d) do Código Civil como esbulho, pelo que no fundo surge a ideia de que com o esbulho ocorre uma alteração ao nível do *corpus* possessório que implica a perda da posse, apesar de tal perda só ocorrer decorrido um ano após a nova posse se formar.

Dessa forma, têm como esbulho uma atuação de terceiro que implica aquisição de nova posse, a qual leva à perda da anterior posse. Mas para aqueles que admitem esbulho como a perda da posse, nomeadamente José dos Santos Silveira que admite que esbulho consiste na privação da posse e acarreta a sua perda, ao contrário da perturbação¹⁹⁴, também não está totalmente de acordo com o ordenamento jurídico¹⁹⁵.

José Alberto Vieira, por outro lado, ao considerar que não ocorre perda da posse vem remeter esbulho para a privação da coisa e, conseqüentemente, restituição da coisa. Mas ao considerar o artigo 1267.º, n.º 1, al. d), do Código Civil, como esbulho, significa que considera a aquisição da nova posse do terceiro como o facto que provoca a privação da coisa, o que não deixa de ter como consequência a perda da posse. Ou seja, considera que “o esbulhador toma o controlo material da coisa”, por isso, surge um *corpus* possessório que vem afastar e destruir o anterior. Pelo que assim, a posse pode cessar¹⁹⁶, de acordo com o artigo 1257.º, n.º 1, na medida em que deixa de existir a possibilidade de atuação, nos termos do mesmo direito.

No entanto, ainda que se forma um novo *corpus* possessório apto à perda da posse anterior, tal facto só ocorre com o decorrer de um ano.

Por isso, questionamos o porquê de o ordenamento jurídico justificar que o decorrer de um ano é que provoca a perda da posse. Podemos verificar que nada muda desde o momento da aquisição da nova posse até que a perda da posse anterior se

¹⁹⁴ José dos Santos Silveira, Processos de natureza preventiva e preparatória, Coimbra- 1966, Pág. 57.

¹⁹⁵ Paulo Duarte Pereira de Almeida, Restituição provisória da posse, Lisboa, 1989, pág. 25.

¹⁹⁶ Cf. José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág. 531.

verifique. O primeiro momento é desde logo suficiente para que ocorra a perda da posse anterior.

Acontece que, desde o início da contagem do prazo até ao seu final, nada de diferente ocorre ou nada acontece que altere a situação, por isso, o momento da aquisição da posse por terceiro, é desde logo suficiente para a perda. Então, significa que o esbulho ocorre no momento em que se forma uma nova posse de terceiro apta a afastar a posse anterior. Isto é, forma-se um novo controlo material que vem provocar a quebra do anterior *corpus* possessório, que leva naturalmente à perda da posse.

Portanto, o conceito de esbulho parecer estar na quebra do *corpus* possessório.

A justificação da posse permanecer, isto é, não se perder, reside na segurança jurídica para o anterior possuidor, que, desta forma, vê a sua posse protegida de terceiros, na medida em que, apesar de perder o controlo material da coisa e, conseqüentemente, ocorrer uma quebra no *corpus* possessório, pode durante um ano intentar ação de restituição de forma a reaver o seu controlo material, isto é, para voltar à sua posse¹⁹⁷. Ocorre uma garantia para o esbulhado das vantagens jurídicas da posse.¹⁹⁸ Neste caso, se a perda da anterior posse ocorre porque se formou uma nova posse, só pode significar que o possuidor deixou de ter o controlo material, isto é, o *corpus* possessório. Portanto, ocorre uma quebra, que implica a perda da posse. Significa, por isso, que, mesmo que ocorra uma perda da posse, o sistema jurídico cria uma extensão legal da posse de forma a garantir proteção para o possuidor esbulhado.

Por conseguinte, apesar de não ocorrer juridicamente uma perda, ocorre uma quebra no *corpus* possessório apta à perda da posse. O que também acontece na tese defendida por José Alberto Vieira, que vê o esbulho como privação da coisa, visto que o possuidor está afastado da coisa, perde o controlo material da coisa. Logo, não deixam de estar reunidos os pressupostos para a perda da posse. Para além disso, o regime do artigo 1267.º, n.º 1, al. d) está de acordo com o regime das ações possessórias, porquanto, nos termos do artigo 1282.º, as ações caducam dentro de um ano subsequente.¹⁹⁹

Desta forma, a perda da posse referente ao artigo 1267.º, do Código Civil, parece estar resolvido. Ou seja, o terceiro esbulha o possuidor com a aquisição da sua nova posse e, com isso, provoca a quebra do controlo material do anterior possuidor.

Acontece que com a quebra do controlo material ocorreria normalmente a perda da posse, no entanto o ordenamento jurídico, de forma a proteger o possuidor, garante que a

¹⁹⁷ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 532.

¹⁹⁸ José Oliveira Ascensão, *Direito Civil- Reais*, 5.º edição, Pág. 124.

¹⁹⁹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 550.

sua posse se mantenha durante um ano. Mas, exclusivamente, para intentar ação possessória, de forma a proteger-se.

Capítulo III - Sobreposição de Posses

Como explicar que este artigo não se aplica às situações de perturbação? E como explicar a diferença de numa ocorrer a quebra e na outra não?

Torna-se necessário explicarmos que a quebra só ocorre quando a situação de sobreposição de posses é incompatível.²⁰⁰ Como José Luís Bonifácio explica, o esbulho, como causa de extinção da posse, realizada através da aquisição da nova posse, tem “a necessidade de a nova posse corresponder a Direito Real de conteúdo idêntico ao da posse anterior”²⁰¹, uma vez que o princípio da elasticidade permite que existam diversos direitos reais sobre a mesma coisa. Só quando de conteúdo idêntico é que a posse se extingue.²⁰²

Portanto, com a perturbação não ocorre essa quebra, uma vez que a atuação do terceiro sobre a coisa apenas implica mera detenção ou a sobreposição de posses compatíveis. Só “a constituição de um direito real tem igualmente uma eficácia extintiva de outros direitos reais”. Assim, “o usucapiente que adquire originalmente a propriedade singular sobre a coisa objecto da sua posse provoca simultaneamente a extinção da anterior propriedade.”²⁰³²⁰⁴²⁰⁵

Daqui decorre a compatibilidade e a incompatibilidade dos direitos reais, das quais resulta o princípio da elasticidade. O mesmo acontece com a posse. “Se as várias posses são exercidas nos termos do mesmo direito, temos de distinguir consoante essas posses são compatíveis ou incompatíveis. Se são compatíveis, como sucede com a posse dos comproprietários (...) há uma simples composses. Se as posses atuadas por dois ou mais possuidores nos termos do mesmo direito são incompatíveis, há sobreposição de posses, e não composses.”²⁰⁶ A incompatibilidade da posse exercida nos termos do mesmo direito

²⁰⁰ Cf. José Luís Bonifácio Ramos, *Direitos Reais- Relatório*, 2013, pág. 251.

²⁰¹ Cf. José Luís Bonifácio Ramos, *Direitos Reais- Relatório*, 2013, pág. 251.

²⁰² Cf. José Luís Bonifácio Ramos, *Direitos Reais- Relatório*, 2013, pág. 251.

²⁰³ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 401, n.º 166.

²⁰⁴ “Já se a usucapião ocorre nos termos de um direito real menor, a propriedade fica apenas onerada com esse direito.” Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 401, nota de rodapé n.º 1318.

²⁰⁵ “A usucapião do direito de usufruto ou a aquisição tabular deste direito não causam a extinção da propriedade, uma vez que esta pode coexistir com o usufruto, sendo, portanto, compatível com ele. A propriedade fica onerada com o usufruto.” Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 402.

²⁰⁶ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, págs. 558 e 559.

decorre do artigo 1267.º, n.º 1, al. d, do Código Civil, que prevê a perda da anterior posse se decorrer um ano sobre as posses incompatíveis.

Todavia, “existe ainda sobreposição de posses quando são constituídas em simultâneo várias posses nos termos de diferentes direitos reais de gozo. Estas posses são, em princípio, compatíveis e coexistem sobre a mesma coisa, da mesma forma que coexistem os direitos reais maiores e os direitos reais menores que os oneram.”²⁰⁷ Significa, portanto, que a posse também está sujeita ao princípio da elasticidade.

Assim, para que ocorra perda da posse, é necessário que se forme nova posse sobre a mesma coisa, mas é imperativo que nesse concurso de posses se dê uma sobreposição incompatível, na medida que a compatível, segundo o princípio da elasticidade, reajusta-se e não coloca problemas na quebra do *corpus* possessório. No entanto, para que ocorra a perda efetiva tem de decorrer um ano.

Podemos verificar que a aquisição da nova posse é suficiente para que ocorra um afastamento da anterior posse através da quebra, no entanto, o sistema jurídico permite ao possuidor que durante um ano possa reaver o seu *corpus* possessório. Na verdade, se o possuidor nada fizer e decorrer um ano, perde a sua posse para sempre.

O pressuposto do artigo 1267.º, n.º 1, al. d) é o de que ocorre uma quebra do *corpus* possessório que conduz à perda efetiva da posse, tal situação só não ocorre no imediato, por força da ficção legal em busca da defesa do possuidor.²⁰⁸

Neste contexto, a consideração de esbulho como mera privação do exercício da posse, poderia não levar a uma perda da posse decorrido um ano após o esbulho, pois só uma privação que leva à quebra do *corpus* possessório é apta à extinção da posse.

Já para a perturbação, basta que se forme uma posse compatível ou mera detenção. A questão é que na mera detenção forma-se um *corpus*, que normalmente daria forma a uma nova posse, contudo há exclusão dessa posse pelo simples facto de o terceiro, neste caso o beneficiário, não ter intenção de agir como possuidor ou estar a agir na tolerância do possuidor, como também a situação de ser representante ou mandatário do possuidor. Mas vejamos, na situação de não se formar posse porque existe uma tolerância do possuidor, significa que não existe qualquer violação da posse, tal só passaria a ocorrer no momento em que o possuidor deixasse de tolerar e automaticamente se formaria a nova posse na esfera do terceiro. O mesmo acontece na situação do terceiro ser o representante ou mandatário. Só a situação de o terceiro não agir com intenção é que muda de figura. Ou seja, acontece que se forma um novo *corpus*

²⁰⁷ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 559.

²⁰⁸ José Oliveira Ascensão, *Direito Civil- Reais*, 5.º edição, Pág. 124.

que seria idóneo à aquisição de uma nova posse, contudo esta só não se forma porque o *animus* não se forma na esfera do terceiro. Ainda assim, esse novo controlo material é suficiente para que se viole a anterior posse, na medida em que é apto a afastar o anterior controlo material, porque ocorre um conflito de interesses.

Assim, na situação do proprietário que concede a B o direito de usufruto, ambos têm posse nos termos dos seus direitos, porém, se o proprietário começar a usar a coisa como se não tivesse onerado o seu direito, ocorre o esbulho. Isto porque o proprietário, que é possuidor, onera os respetivos direitos. Então, ao usar a coisa como se não tivesse onerado o direito, está a extrapolar o seu conteúdo e na verdade está a exercer um direito que não lhe pertence. Ocorre uma quebra no *corpus* possessório de B.

O mesmo acontece nos embargos de terceiros. O possuidor pode defender-se porque vê a sua posse ofendida por penhora ou ato judicialmente ordenado de apreensão ou entrega da coisa. Assim, a posse torna-se incompatível com o ato judicial de apreensão ou entrega da coisa.²⁰⁹ Do ato judicial, resulta a quebra do *corpus* possessório, na qual o Estado fica investido numa posse incompatível com a anterior posse. No entanto, o ato judicial não tem que se configurar necessariamente como esbulho, na medida em que não é ilícito, nos termos do artigo 747.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, apesar da restrição da posse, que implica a incompatibilidade, surgir a ilicitude.²¹⁰

Capítulo IV- Requisitos para a formação do *corpus* possessório, acompanhado do *animus*

O problema de distinção entre perturbação e esbulho reside na dificuldade de caracterização do *corpus* possessório. Ou seja, a dificuldade resulta em verificar se um ato é a exteriorização de um direito de propriedade, de usufruto ou outro direito real de gozo de forma a indicar se tal posse é ou não compatível.

A dificuldade que surge na prática em distinguir esbulho e perturbação reside no facto de, caso a caso, ser difícil interpretar quais os atos que são suficientes para que se dê aquisição de uma nova posse ou de um novo *corpus* em que privem a posse já existente.

Devemos começar pela perspetiva de que o *corpus* possessório, no momento de aquisição de posse, deve ser elevado ao seu exponencial, isto é, só consideramos que existe posse referente a um determinado direito real quando os atos referentes ao *corpus* possessório realizados pelo terceiro só podem corresponder àquele direito real, visto que

²⁰⁹ Cf. A. Santos Justo, *Direitos Reais*, 3.º edição, Pág. 210.

²¹⁰ Rui Pinto,, *As ações possessórias : estudo breve sobre os artigos 1276º a 1286º do código civil*, In: *Código civil*, 2019. - Vol. 2, pág. 765.

só o titular do direito real o poderia fazer. Posto isto, no caso da construção do caminho em prédio alheio, importa saber se poderiam outros titulares de um direito real, que não a propriedade, realizar tal facto.

O *animus* não deve entrar como elemento fundamental para discernir a que direito real se refere a exteriorização da posse, uma vez que está reservado para “a demarcação entre posse e detenção”²¹¹. Na dinâmica da teoria subjetiva que vê a formação da posse com a correspondente intenção de atuar como o titular do direito real, que pretende exteriorizar, alguns autores invocam a teoria da causa, de forma a extrair o *animus* com o título. No entanto, José Alberto Vieira, enuncia que não deixa de ser objetivista retirar o *animus* do título, na medida “em que a vontade não é deduzida da pessoa do possuidor, mas de um facto jurídico exterior a ela”.²¹² Todavia, a teoria da causa não deixa de funcionar como elemento de exclusão da posse para detenção.

As diferentes posses variam consoante o *corpus* possessório, que em princípio será mais incisivo de acordo com o direito real que se pretende exteriorizar, por isso, se terceiro fica investido numa posse de mera servidão, em princípio, o seu *corpus* possessório não implicou atos a que o proprietário está habilitado.

Capítulo V- Legitimidade/justificação

Portanto, chegando aqui, podemos perceber e começar a dar forma ao conceito de esbulho como a atuação de terceiro sobre a coisa, na qual origina a formação de uma nova posse incompatível, porquanto é exercida de forma contrária à posse anterior e nos termos do mesmo direito que, conseqüentemente, provoca a quebra do *corpus* possessório da anterior posse. Isto é, ocorre a perda da posse efetiva, na medida em que se dá uma quebra no controlo material na exteriorização do direito real de gozo.

No entanto, se a atuação do terceiro for justificada, não estamos perante uma violação da posse. Assim, só se configura esbulho quando o facto praticado por terceiro for ilícito.²¹³ Nomeadamente, nas servidões legais, o possuidor vê terceiro formar nova posse exercida de forma contrária à sua, contudo o terceiro vê a sua atuação justificada com uma norma legal, pelo que não estamos perante uma violação da posse. Outra forma de justificar a atuação do terceiro sem que assim ocorra qualquer violação da anterior posse são as situações em que o terceiro adquire direito de gozo de determinada coisa.

²¹¹ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, Lições de Direitos Reais, 6.º edição- reimpressão, 2010, pág. 290.

²¹² Cf. José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág.469.

²¹³ L. P. Moitinho de Almeida, Restituição de Posse e Ocupações de Imóveis, Coimbra Editora, 5.º edição, 2002, pág. 107.

Obviamente, que tal situação se dá unicamente pela expressão de vontade do titular do direito, na qual pretende onerar o seu direito.²¹⁴ Desta forma, parece-nos que o esbulho depende da falta de justificação da atuação do terceiro.

Vejam os.

A posse como atribuição provisória, na medida em que o possuidor só conserva a sua posse enquanto não for demonstrada a titularidade do direito real de gozo, cede a favor do direito real. E, enquanto esta atribuição provisória durar, representa um direito subjetivo, o que implica “uma proibição de ingerências para terceiros.”²¹⁵

Ocorre uma interferência na esfera do terceiro, no sentido de impedir que se forme nova posse sobre a coisa, dado que o terceiro, ao adquirir posse sobre a coisa, o anterior possuidor pode fazer-se usar das ações possessórias e, dessa forma, proteger-se.

Na verdade, o esbulho consiste numa aquisição de posse contra a ingerência resultante de um direito subjetivo. Será que, por isso, se pode falar numa legitimidade negativa ou passiva?

A legitimidade tem que ver com a “posição do sujeito perante concretas situações jurídicas”²¹⁶. Configura-se como a suscetibilidade de determinada pessoa atuar perante a concreta situação²¹⁷. A pessoa para agir, para além de ser capaz, é necessário que se encontre em determinada posição face à situação. A legitimidade entra como a existência, ou não, dessa posição²¹⁸. Há “correspondência tendencial entre a titularidade e legitimidade”²¹⁹, uma vez que esta depende de uma relação entre a pessoa e o direito.

²¹⁴ Em Acórdão do Ac. do TRL de 07/02/2019 – proc.6113/18.5T8ALM-A –: *“Assim sendo, o senhorio/proprietário/possuidor não pode pedir, contra o arrendatário – no caso, o requerido -, possuidor em nome dele, senhorio, a restituição da posse do imóvel (seria pedir a restituição da posse contra ele próprio). Tanto assim é que o locatário pode usar, mesmo contra o locador, dos meios de defesa da posse (art. 1037/2 e 1276 e segs do CC; a contrario, a solução também resulta do art. 595/5 do CPC). Se o próprio proprietário não pode obter do arrendatário a restituição da coisa, por ele estar a gozar dela devidamente (art. 1311/2 do CC), muito menos o possuidor pode obter a restituição da posse contra o arrendatário. A restituição provisória da posse não é um meio substituto do despejo do locado. De outra perspectiva, sempre se poderia dizer “que não comete esbulho aquele que for titular de um direito de gozo sobre coisa determinada” (Manual de Direitos Reais, AAFDL, 2017, pág. 193) como é o caso do arrendatário (art. 1022 do CC). Ou que não se verifica o esbulho da posse, visto que a requerente nunca deixou de ser possuidora por intermédio do requerido, arrendatário do prédio.”*

²¹⁵ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 460. (464)

²¹⁶ José de Oliveira Ascensão, *Direito civil Teoria geral*, volume 1, pág.147.

²¹⁷ <https://dre.pt/lexionario/-/dj/115426775/view>

²¹⁸ <https://dre.pt/lexionario/-/dj/115426775/view>

²¹⁹ José de Oliveira Ascensão, *Direito civil Teoria geral*, volume 1, pág.147 .

Contudo, existem situações de legitimidade indireta ou até de situações em que existe titularidade, mas não legitimidade²²⁰.

Posto isto, questionamos se a atuação de terceiro face à coisa pode ser analisada do ponto de vista da legitimidade. Assim, o esbulho deveria configurar-se com o elemento da ilegitimidade, na medida em que o terceiro não tem legitimidade para agir?

Assim, a atuação do terceiro é proibida por falta de legitimidade ou por existirem imposições de direitos subjetivos que não permitem que o terceiro atue? Ou, por outro lado, as imposições de direitos subjetivos implicam a falta de legitimidade? O terceiro ao agir contra a posse já existente, no sentido de adquirir nova posse, está obviamente a violar a posse anterior e, por essa razão, existem imposições proibitivas nesse sentido, as quais excluem a legitimidade para o terceiro atuar e, por isso, implicam ilicitude. Portanto, a perturbação e o esbulho caracterizam-se como o facto material que ofende a posse, na qual o terceiro, autor do facto, atua sem autorização legítima.²²¹

Contudo, quando o possuidor permite que se forme nova posse, através da oneração do seu direito, portanto há aqui uma expressão da vontade do possuidor, significa que o terceiro passa a estar justificado ou legitimado para atuar sobre a coisa. Assim, as imposições sobre terceiros cedem perante a expressão de vontade do possuidor. Todavia, não podemos esquecer que tal situação só ocorre para as situações de posses compatíveis, isto é, só há exclusão da perturbação.

Consequentemente, a sua atuação não deixa de ser exercida contra a anterior posse, visto que é só para seu único benefício, pois não tem em conta os interesses ou a vontade do anterior possuidor. A diferença é que ainda que seja exercida contra a posse anterior, existe uma vontade expressa do anterior possuidor que exclui o conflito de interesses, na medida em que este expressa a sua vontade em onerar o seu direito (existe um interesse na situação) e, por isso, vem tornar legítima a atuação do terceiro.

Assim, o esbulho ocorre quando o terceiro atua sobre determinada coisa sem legitimidade, porquanto a posse do possuidor cria proibição de ingerências.

É necessário deixar claro que na situação de posses incompatíveis nunca é possível a sua coadunação, ainda que o anterior possuidor onere o seu direito; o que aconteceu na realidade foi a transferência da posse de uma esfera jurídica para a outra.

O esbulho, como forma de aquisição de posse, terá de estar sempre no âmbito da posse não titulada. Toda a posse titulada é, em princípio, legítima e, por isso, é exercida

²²⁰ <https://dre.pt/lexionario/-/dj/115426775/view>

²²¹ L. P. Moitinho de Almeida, Restituição de Posse e Ocupações de Imóveis, Coimbra Editora, 5.º edição, 2002, pág. 109.

em correspondência ao direito²²² e, mesmo que prive o exercício do possuidor contra a sua vontade, não se configura como esbulho. No entanto, tudo o que ultrapassa o direito que titula a posse, já estamos no domínio do esbulho.

Capítulo VI- Vontade do Possuidor

Nos termos do artigo 1267.º, n.º 1, al. d), a expressão “mesmo contra a sua vontade” parece elencar as situações em que o anterior possuidor não pretende que se constitua nova posse e as situações em que não se opõe, nem vai contra sua vontade. Podendo parecer que a vontade do possuidor nada interfere para que ocorra esbulho e, assim, a oneração pelo titular do direito real não justificava a atuação do terceiro.

Pelo que, perguntamos se a vontade do possuidor em que se forme ou não uma posse de terceiro se constitui como elemento fundamental para a constituição do esbulho. Portanto, se a vontade do possuidor interferisse, a situação em que o possuidor não pretende que se constitua nova posse corresponderia a esbulho enquanto a oposta não. Contudo, o artigo parece claro, quando enuncia que independentemente da vontade do possuidor para que se forme uma nova posse, apenas pretende dizer que o possuidor vê a sua posse perdida mesmo que não tenha parte nisso e ainda que seja contra a sua vontade.

Por isso, parece-nos que a expressão “mesmo contra a vontade do antigo possuidor”²²³ apenas vem frisar o facto de que a nova posse implica a perda da posse anterior. Ainda que o possuidor não queira que se forme uma nova posse, pode sair prejudicado, no sentido de que perde a sua posse se nada fizer. Assim, “a palavra “mesmo” deveria ter sido evitada (...) quando a nova posse tenha o acordo do anterior possuidor (...) teríamos uma tradição, consumando-se a extinção da posse por cedência”²²⁴.

Portanto, o terceiro atua sobre a coisa de forma ilícita, na medida em que não tem legitimidade. É situação distinta da expressão da vontade do possuidor, na qual vem traduzir-se, no esbulho, na tradição da posse.

²²² Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, Lições de Direitos Reais, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 306, parágrafo n.º 144.

²²³ Transcrição do artigo 1267.º, n.º 1, al. d), do Código Civil.

²²⁴ António Menezes Cordeiro, A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais, 3.º edição, 2000, cit., pág. 113.

Capítulo VII- Oposição do anterior possuidor

Já situação diferente é a expressão oposição do possuidor. Assim, questionamos se terá que ocorrer uma expressa oposição do anterior possuidor, isto é, se o possuidor tem de invocar ao terceiro a cessação dos seus atos materiais sobre a coisa, de forma a que se concretize o esbulho.

A simples atuação do terceiro, na qual se forma um *corpus* possessório, é suficiente para que se forme a posse e, conseqüentemente, ocorra esbulho? Ou, por outro lado, no momento em que o possuidor tem conhecimento de tal facto e, só após a sua oposição, se pode considerar que se efetivou esbulho?

O artigo 1253.º, alínea b) do Código Civil, pode parecer indicar uma resposta, dado que, se o possuidor nada disser, dessa forma pode considera-se que há uma mera tolerância por parte deste face aos atos do terceiro. Pelo que, assim, não existiria a formação de posse, mas apenas existiria mera detenção.

José Oliveira Ascensão considera que a condescendência nunca poderá prejudicar o possuidor, uma vez que o terceiro nunca poderá invocar a posse.²²⁵ Portanto, a “tolerância não piora a condição de quem a pratica, para além dos limites dessa mesma tolerância”²²⁶. No entanto, considera que tais atos o são no âmbito de relação de vizinhança.²²⁷ Ora, a cedência perante a vontade de terceiros difere da simples não oposição após o conhecimento do facto esbulhador.

Assim, poderemos admitir que, numa relação de vizinhança e onde exista uma relação de intimidade entre o terceiro e o possuidor, só após a oposição do possuidor, o terceiro se poderia configurar como novo possuidor e, conseqüentemente, esbulhador.

Contudo, quando o terceiro, numa situação de detenção, por mera tolerância do possuidor, invoca a inversão do título da posse, não é necessário que haja uma oposição expressa do possuidor de forma a que se concretize o esbulho. E, para além disso, numa situação onde não exista qualquer relação entre o terceiro e o possuidor, em princípio, existirá esbulho, sem que ocorra oposição.

Capítulo VIII- Pretensão/intenção

Alguns autores falam em pretensão contrária a propósito de esbulho. Tal pretensão representa a intenção de agir como beneficiário do direito, ou antes, como a consciência

²²⁵ José Oliveira Ascensão, Direito Civil- Reais, 5.º edição, Pág. 89.

²²⁶ José Oliveira Ascensão, Direito Civil- Reais, 5.º edição, Pág. 89.

²²⁷ José Oliveira Ascensão, Direito Civil- Reais, 5.º edição, Pág. 89.

de que existe um direito real sobre a coisa e, dessa forma, existe uma intenção de atuar sobre tal direito. Sendo a pretensão a intenção de agir contra o direito anterior, então, não ocorreria esbulho se o terceiro que forma sobre a coisa o seu controlo material, mas desconhece a existência de um direito real?

Parece-nos que, ainda assim, se forma esbulho, pelo que a pretensão contrária surge, na medida em que a atuação incide e tem como vetor o centro da vontade do terceiro, isto é, o terceiro age sobre a coisa com intenção de se beneficiar, o que pode implicar uma pretensão contrária ao direito anterior. Portanto, a nova posse é exercida de forma a favorecer o terceiro, pelo que se torna contrária à anterior. Nestes termos, configura-se como “a intenção de constituir uma posse contrária”.²²⁸

No entanto, será esta pretensão o *animus* da posse? Como explica José Alberto Vieira²²⁹ a intenção funciona como um elemento de exclusão da posse, na medida em que existe *corpus* possessório e, por isso, estão reunidas todas as condições para a constituição da posse, mas o possuidor, ao expressar que não pretende ter posse, deixa de se caracterizar como tal. Mas isto apenas porque o artigo 1253.º al. a) o permite.

Por isso, a partir do momento em que existe *corpus* possessório, existe indicação de que há uma intenção de ser possuidor e, dessa forma, dá-se origem ao esbulho, que é excluído se o terceiro indicar que não pretende ser possuidor.

Portanto, a pretensão contrária surge como o *animus* e, por isso, como elemento fundamental para que ocorra o esbulho. Na medida em que, se não existir a pretensão contrária não ocorre o esbulho.

Quando terceiro usa o telemóvel do seu amigo emprestado, por uns meses, ou por engano o leva para sua casa, ocorre esbulho? Em princípio, o terceiro não tem intenção de se tornar proprietário e, dessa forma, não há *animus*, pelo que ocorre a exclusão da posse, nos mesmos termos da propriedade. Assim, o terceiro que usa o telemóvel emprestado, apresenta-se numa situação de mera detenção, por força da alínea b), do artigo 1253.º. Enquanto a situação do que por engano leva para casa o telemóvel, nos termos da al. a) do artigo 1253.º, configura-se como mera detenção.

No entanto, apesar de não existir nesta situação uma intenção de se formar posse, ou até a intenção contrária de modo a prejudicar a anterior posse, tal intenção tem de ser retirada objetivamente da manifestação da vontade.

Assim, se o terceiro nunca mais devolver o telemóvel, apesar das várias interpelações do proprietário/amigo, obviamente que existe aqui um claro comportamento

²²⁸ Manuel Rodrigues, A Posse, 4ª edição, pág. 361.

²²⁹ Cf. José Alberto Vieira, Direitos Reais, 2016, pág. 474.

que expressa a intenção do *animus*, pelo que não se poderia excluir a posse. Isto é, não se consegue retirar do comportamento que este não age sem intenção.

O *animus* não deve ser visto somente do ponto de vista subjetivo, pois o terceiro que num primeiro momento leva o telemóvel, por engano ou por empréstimo, e após a reclamação por parte do anterior possuidor, nunca entrega a coisa, apesar da expressão da vontade do terceiro ser no sentido de este não querer agir como proprietário, a sua atuação demonstra o contrário.

Capítulo IX- Permanência

Quanto à característica da permanência dada no exemplo do tapume permanente, por Ribeiro Magalhães, na qual configura como uns dos elementos de distinção entre perturbação e esbulho, o que significa, em concreto, a permanência como característica do esbulho?

Ribeiro Magalhães argumenta no sentido de, no tapume permanente, se considerar esbulho, porque o possuidor nunca mais vai ter a possibilidade de fruir como antes fruía. Parece, então, que no caso do tapume temporário, o possuidor poderá voltar a fruir como antes. No entanto, a situação volta ao estado anterior pela ordem natural das coisas ou é necessário sempre que se retire o tapume?

Pode aparentar que a característica da permanência traz algum antagonismo a este caso, uma vez que a distinção entre o esbulho e a perturbação está na quebra do controlo material e, com o elemento da permanência, a violação seria exatamente a mesma; ou seja, ocorreria exatamente o mesmo facto, a única variável é a duração dessa violação. A distinção deixaria de estar na atual quebra, mas passaria para a possibilidade de fruição futura.

Para além disso, o argumento a favor das condenações enunciado anteriormente ganha força nesta situação, pois a diferença estaria nas condenações das ações, uma vez que, na ação de restituição, é necessária uma maior atuação por parte do esbulhador, para devolver o anterior possuidor ao normal exercício da posse. Enquanto na de manutenção, apenas se exige ao terceiro que se retire da coisa, uma vez que o tapume sairia naturalmente.

Assim, ocorre um determinado vislumbre de que, no esbulho, se exige uma sedimentação ou uma certeza na constituição dos factos que não é necessária na perturbação. De certa forma, faz sentido, pois na situação do terceiro que realiza atos referentes à propriedade, mas demonstra que são atos temporários, não se chega a dar

um apossamento nos termos da propriedade. Pelo que apenas ocorre mera perturbação. Ou seja, aquele que age temporariamente sobre determinada coisa expressa sem dúvidas a falta de *animus*, que indica a não intenção de agir como o verdadeiro titular do direito real. Assim, formar-se-ia um controlo material apto à aquisição de uma nova posse incompatível, contudo por exclusão do *animus* esta não se forma e, por isso, dá-se mera detenção, a qual não indica a quebra do *corpus* possessório.

Por conseguinte, consideramos que a permanência reflete uma forma do *animus* da posse. Ou seja, quando o terceiro usa um telemóvel emprestado pelo proprietário, este sabe que o vai devolver ou, pelo menos, tem intenção de o devolver. Desta forma, apenas o usa temporariamente. Portanto, apesar de ter controlo material, não tem *animus*, pelo que age como mero detentor. O mesmo acontece com o tapume temporário; o seu construtor sabe que a situação é meramente temporária, pelo que a situação anterior se irá repor. Logo, quando age ao construir o tapume, não tem intenção de ser proprietário, pelo que age como mero detentor. A permanência funciona como um meio de comunicação ao exterior, no sentido de não agir com intenção de ser titular do direito real. Nomeadamente, a situação em que o terceiro, para uma feira popular, monta os carrosséis e coloca tapumes temporários a rodear o terreno, em princípio, há uma certa ideia de temporalidade que não se coaduna com a aquisição de um direito real, como a propriedade.

Capítulo X- Ato jurídicos

Se de atos jurídicos se constituir ou se der a aquisição de uma nova posse, que seja incompatível com a anterior, pode parecer que, assim, estes são suficientes para que ocorra o esbulho. Todavia, não basta a mera constituição de uma nova posse incompatível. Antes, é necessária a prática de atos materiais que coloquem, na prática, o anterior controlo material em risco. Pois, se assim não fosse, a mera constituição de posse incompatível poderia implicar que a anterior posse fosse também um esbulho à nova posse. Isto é, passariam a existir duas posses, pelo que, decorrido um ano, a anterior posse poderia colocar fim à nova posse. Portanto, tem de existir uma efetiva quebra, visto que o anterior *corpus* possessório fica em risco.

Como Oliveira Ascensão indica+ a existência de uma “dissociação entre a situação jurídica e a situação de facto”, pelo que, a “mera inércia do possuidor não elimina a

situação de facto. Já a constituição de uma situação de facto em favor de outrem elimina a primeira.”²³⁰

No entanto, tal situação pode ocorrer com um ato jurídico, nomeadamente, na venda de bem alheio pelo usufrutuário da coisa, investido numa posse nesses termos, desde que ainda não decretada a nulidade, e ocorre tradição *brevi manu*²³¹. Assim, o usufrutuário, que é possuidor nos termos do usufruto, ao vender a coisa, investiria o terceiro, detentor da coisa, numa posse nos termos da propriedade, esbulhando assim o possuidor nos termos da propriedade. No entanto, é discutível que a tradição *brevi manu* nesta situação apenas implique a transmissão de uma posse nos termos do usufruto e não da propriedade, o que nesse caso não acarretaria esbulho.

Capítulo XI- Dano vs. Esbulho

O esbulho, como forma de violação da posse, e o dano podem em algumas das suas características apresentar-se muito semelhantes e, dessa forma, ser difícil a sua distinção.

Ambos, em princípio, implicam uma atuação de terceiro sobre a coisa, de forma a provocar uma diminuição de aproveitamento da coisa. No dano, existe também uma diminuição ou total privação do exercício da posse e da coisa, na medida em que a coisa está danificada, não tem o seu normal aproveitamento, nomeadamente, na situação em que a coisa fica totalmente destruída. A diferença decorre do facto de que no esbulho a diminuição ou quebra do *corpus* possessório surge de uma nova posse que se forma sobre a coisa, ou pelo menos, na perturbação, forma-se um novo *corpus* sobre a coisa. No dano, a posse fica diminuída pela atuação do terceiro, uma vez que este provocou uma alteração nas características da própria coisa. Enquanto no esbulho, a coisa permite as normais e iniciais faculdades, no entanto o possuidor está impedido, porque existe uma nova posse.

O terceiro, ao provocar o dano, pode adquirir a posse, porém a diferença reside na circunstância de que a diminuição do aproveitamento da coisa por parte do possuidor, não

²³⁰ Cf. José Oliveira Ascensão, Direito Civil Reais, Pág. 124.

²³¹ “A transformação da posse precária em posse em nome próprio, com a cooperação do possuidor, dá-se com a “*traditio brevi manu*”, que consiste em o possuidor e detentor substituírem o negócio jurídico ou o facto que deu origem à detenção, por um novo negócio jurídico, em virtude do qual a relação material até ali existente entre o detentor e o objecto passa a ser uma relação possessória (assim: A era depositária de um objecto que pertencia a B), e por isso dele detentor. Posteriormente B vende-lho. Desde o momento da venda o comprador adquiriu sobre o objecto uma verdadeira posse¹⁸¹. A “*traditio brevi manu*”, é uma forma de aquisição derivada prevista na al. b) do art.º 1263(...)”. Em Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 6852/2005-6, datado de 23-06-2005, relator Gil Roque;

se dá pela nova posse, mas sim em termos gerais. Isto é, a coisa por si só não permite a ninguém o seu normal aproveitamento. O terceiro provoca alterações na própria coisa, que diminuem as suas qualidades, como tal é necessário que as reponha.

Portanto, a realização de obras que alteram a dinâmica do uso da coisa, ainda que no primeiro momento, determina o *corpus* do terceiro e assim implicam o esbulho. No momento em que deixe de existir tal controlo material, mas ainda assim as obras perdurem, passam a configurar-se como dano.

Capítulo XII- Alcance da Restituição e da Manutenção

Importa percebermos qual o limite da condenação da ação de restituição e verificar o que ocorreu efetivamente em cada violação e, conforme o sucedido, responder de forma cabal e idónea, para que deixe de existir tal violação.

Para Nuno Pissarra, “o pedido típico das ações possessórias” consiste, na ação de manutenção, “na condenação do réu a abster-se da turbação da posse” e poderá ainda ser exigida a restauração da posse, nos termos que anteriormente exercia.²³² Para a ação de restituição, a condenação consiste “na prática de todos os atos necessários à devolução da coisa ao controlo material do possuidor”.²³³ Deste modo, a mera desocupação do terreno não possibilita o acesso efetivo à coisa, pelo que é necessária a remoção do muro, desde que esteja diretamente ligada com a restituição, se a demolição não implicar a desativação da posse, então não se pode exigir.²³⁴

Assim, se na ação de restituição o terceiro, com a sua atuação, quebrar o anterior *corpus*, será necessária a sua devolução. Pelo que a condenação visa recuperar a posse efetiva.²³⁵ Para tanto, basta que ocorra uma semelhante atuação à da tradição da posse. Isto é, o terceiro tem de, ainda que seja simbolicamente, devolver o controlo material ao anterior possuidor. Por outro lado, não basta a tradição simbólica, adicionalmente, é necessário colocar fim à situação de controlo material do terceiro, que impede o normal exercício da posse, portanto, esta só é vertida em condenação quando seja suficiente para extinguir a violação da posse.

Nas ações de manutenção, o simples afastamento do terceiro permite que a posse anterior volte ao seu pleno, uma vez que não ocorreu quebra do controlo material.

²³² Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, *Das Acções Reais*, 2019, pág. 755.

²³³ Cf. Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, *Das Acções Reais*, 2019, pág. 755.

²³⁴ Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, *Das Acções Reais*, 2019, pág. 1534 e 1535.

²³⁵ Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 4.ª edição, Pág.485.

No entanto, para que ocorra uma efetiva condenação, no sentido da ação produzir efeitos, é necessária uma quebra do *corpus* do terceiro perturbador. Ou seja, a manutenção da posse ocorre no momento em que o terceiro se destitui do seu controle material, seja através do abandono ou da entrega da coisa, ou ainda com a atuação semelhante à tradição material ou simbólica da posse, nos termos do artigo 1263.º, al. b) do Código Civil. Destarte, é necessário que exista uma atuação do terceiro que demonstre a quebra do seu *corpus*, a qual devolve à anterior posse a sua forma normal. Em consequência, importa que deixe de existir uma posse ou um controle material que impeça e restrinja a anterior.

Já na ação de restituição, para além de existir a quebra do controle material, do terceiro que se formou sobre a coisa, é necessário que ocorra a devolução do anterior controle material, de forma que o possuidor retome a sua posse.

Isto significa que, em termos práticos, pode não existir diferença entre a ação de manutenção e de restituição. Contudo, em termos jurídicos, existe essa diferença, visto que na restituição é obrigatório que a condenação implique a devolução do controle material sobre a qual existiu anteriormente uma quebra.

Nomeadamente, na ação de restituição, a demolição de obras, só será necessária, caso seja a única forma de o terceiro devolver ao possuidor a sua situação plena da posse.

situação do terceiro construir muro a rodear todo o terreno alheio em volta, com um portão de acesso e, dessa forma, impedir o anterior possuidor de usar e exercer a sua posse, a restituição seria no sentido de o terceiro entregar o comando ou a chave do portão. Tudo o resto, referente a demolição de obras seria no âmbito de indemnização por danos criados, pois tal demolição não teria como função restituir o anterior possuidor na sua posse, mas retirar um peso suportado por este, na qual seria prejudicial de alguma forma.

Do mesmo modo, as construções não são em si o dano nem o esbulho, na medida em que apenas refletem a exteriorização da posse, todavia, quando em singelo podem implicar danos para o anterior possuidor devendo, por isso, ser demolidas. A exteriorização do direito real, através da realização da obra, implica a violação da anterior posse. Portanto, após determinar e contextualizar a violação da posse, através do esbulho, e, conseqüentemente, determinar no que consiste, estamos aptos a dizer no que consiste a condenação de forma a responder cabalmente à violação. Tudo o que não estiver no alcance da condenação da ação possessória, entra na condenação por danos.

Neste caso, os atos de terceiro, que implicam a violação da posse, foram realizados num determinado momento, contudo a sua realização perdura no tempo e

produz determinados efeitos com o decorrer do tempo. O terceiro que construiu uma determinada obra sobre o prédio alheio e com isso adquiriu posse, tal não significa que no momento posterior continue a ter essa posse e, dessa maneira, continue a esbulhar o anterior possuidor. Assim, importa eliminar o que implica a efetiva violação.

Em termos práticos, pode acontecer o terceiro não estar a atuar sobre a coisa de forma a violar o controlo material existente, nem continuar a ter um controlo material sobre a coisa. Mas, por outro lado, pode dar-se que o ato realizado no passado e não continuado tenha repercussões no presente, mas que se configurem apenas como danos.

Portanto, só na situação da demolição das obras ser a forma de restituição do controlo material é que se torna parte da condenação da ação de restituição. Designadamente, a situação em que o vizinho do prédio contíguo constrói um muro sobre a parte do prédio alheio, com o único acesso pelo seu prédio; a devolução possível seria a destruição do respetivo muro.

Se a ação possessória tem como função cessar a violação da posse, então, independentemente da ação de manutenção ou restituição, a condenação será no sentido de cessar tal violação. Em consonância, a Ação não serve para restituir a coisa, mas sim cessar a violação da posse. Porém, pode ser necessária a restituição da coisa de forma a cessar a violação e a devolução do *corpus* possessório.

Ora, se a condenação serve para manter ou restituir o possuidor, então é totalmente diferente que o terceiro seja obrigado a retirar as obras realizadas sobre a coisa, como forma de devolver ou repor a perda do controlo material, e não apenas numa perspetiva de o possuidor não ter que suportar tais obras, no sentido de indemnizar.

Em conformidade, o único critério para definir o que deve ou não ser suportado pelo possuidor é a aptidão em manter ou restituir o *corpus* possessório. Dessa forma, não importa se na ação de condenação de manutenção se exige uma maior atuação, ou não, que na ação de restituição. O que importa é aptidão de restabelecer a posse à sua situação normal/anterior. Não obstante, é necessário que haja, previamente, uma caracterização correta do facto.

Sendo assim, a retirada de objetos ou a demolição de obras, na ação de manutenção, serve unicamente o propósito de destruir o controlo material do terceiro, e na ação de restituição, ainda cumpre o objetivo de devolver o controlo material ao anterior possuidor.

Por essa via, poderá exigir-se a destruição das obras, ou não, dependendo sempre da situação em concreto. Pois, sendo possível a devolução de outra forma, não se

configura plausível a destruição das obras. Tal só pode ser exigível através de ação de indemnização pelos danos.

No caso do tapume permanente, o terceiro terá de ser condenado na sua destruição, dado que só assim será possível a devolução do controlo material da coisa. Apenas com a retirada do tapume, as águas voltarão ao seu normal curso. Assim, só com a destruição do tapume é possível destruir o *corpus* possessório do terceiro, porquanto a água continua a circular favorável a este. Contudo, na situação do tapume temporário, que se configura como mera perturbação, a demolição de obras seria a forma de fazer cessar o controlo material do perturbador.

Deste modo, quaisquer demolições de obras que se configuram como meras compensações por danos, na medida em que não devam ser suportadas pelo possuidor, em forma de indemnização, não se concebem como condenação, nas ações possessórias, quando exista outra forma de devolução menos penosa para o terceiro.

Contudo, se a ação de manutenção apenas serve para que terceiro deixe de violar a posse, a construção do muro aparece como um dano. Se apenas se pretende a cessação da violação da posse, assim que o terceiro se retira da coisa, deixa de existir controlo material da coisa, a sua posse volta à sua plenitude. Pelo que a obrigação de entrega da coisa na ação de perturbação apenas surge como via de quebra do controlo material. No entanto, tal não acontece no esbulho, uma vez que ocorre uma quebra, pelo que, o terceiro fica obrigado a devolver a coisa, como forma de restabelecer a quebra do anterior *corpus* possessório.

Capítulo XIII- Esbulho no âmbito Propriedade?

Devemos questionar se o esbulho é um instituto próprio ou apenas está configurado na posse. Isto é, pode qualquer facto de terceiro que interfira com um direito real existente sobre a coisa configurar-se como esbulho? Pode um proprietário ou um usufrutuário, sem que tenha posse ser, esbulhado?

Em princípio, só quem é possuidor pode ser esbulhado, uma vez que o esbulho só vem previsto a propósito das ações possessórias. Mas, será que pode o proprietário ver-se esbulhado sem que tenha posse, dado que sobre a coisa constitui-se nova posse de terceiro e impede-o de exteriorizar plenamente o seu direito quando o pretender?

Considerando que a Doutrina analisada vê maioritariamente²³⁶ o esbulho como privação do exercício da posse, significa que o proprietário, não tendo posse sobre a coisa, logicamente não poderia ficar privado. No entanto, na esteira de José Alberto Vieira, ao considerar esbulho como privação da coisa, já não se coloca tal problema, posto que o proprietário, mesmo sem posse, estaria esbulhado quando estivesse privado da coisa por terceiro.

Todavia, não podemos esquecer que, se o proprietário não tem posse, pressupõe-se que não tem o controlo material sobre a coisa e, por isso, não tem, em princípio, a coisa em seu poder. Assim, não tendo a coisa na sua esfera jurídica não seria possível ficar privado da coisa. Por essa razão, o esbulho só poderia ocorrer no âmbito da posse, isto é, caso o proprietário fosse também possuidor. No entanto, é possível que este seja detentor da coisa ou tenha posse nos termos de um direito real inferior e, dessa forma, não estar totalmente privado da coisa.

Ainda assim, o titular do direito real exterioriza o seu direito através da posse. Ou seja, a forma de aproveitamento do conteúdo do direito real, nomeadamente, na propriedade, dá-se através da posse. Só com o *corpus* possessório e/ou controlo material sobre a coisa, nos termos da propriedade, o proprietário consegue plenamente exercer o seu direito. Pelo que se pressupõe que, no momento em que o proprietário não tenha posse, já se encontra, em princípio, privado do seu direito real. No entanto, se tal impedimento ocorrer por força da atuação de terceiro, poderá existir esbulho?

Para intentar uma ação de reivindicação, a violação que se pressupõe é que o terceiro, neste caso, o réu, tenha violado o direito real, ou seja, a propriedade.²³⁷

O fim da pretensão real é fazer cessar o estado de privação do proprietário e terminar a situação do possuidor ou detentor. Pretende-se que a posse da esfera do possuidor, que viola o direito de propriedade, se desloque para a esfera do proprietário. Nas palavras de Nuno Pissarra, restituir é possibilitar ou proporcionar ao proprietário o acesso efetivo à posse da coisa, sem ter necessidade de empregar um esforço desmedido.²³⁸ O pedido integra toda a atuação instrumental da disponibilização da coisa ao reivindicante, desde que direcionada exclusivamente à restituição. A ação de reivindicação pretende apagar o facto violador, que é a privação da posse; por isso, compreende todos os atos necessários que coloquem termo ao estado de privação e a proporcionar a desprivação.²³⁹

²³⁶ V. supra autores analisados.

²³⁷ Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, *Das Acções Reais*, 2019, pág.1534.

²³⁸ Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, *Das Acções Reais*, 2019, pág.1536.

²³⁹ Nuno Miguel Andrade Paula Pissarra, *Das Acções Reais*, 2019, pág.1536.

Neste contexto, questionamos se a privação da posse ou, dependendo do conceito de esbulho, como quebra do *corpus* possessório, é efetiva ou apenas abstrata. Ou seja, se o proprietário efetivamente tinha posse e a viu ser violada ou se nunca teve posse, mas pretende exteriorizar o seu direito real, pelo que é necessário que o terceiro lhe restitua a coisa. Aqui, o esbulho implicaria a violação da exteriorização do seu direito real, mesmo que o proprietário nunca tivesse tido posse.

Assim, considerar-se-ia esbulho como a aquisição de controlo material que impede e interfere com o verdadeiro titular do direito real. Este teria direito à mera possibilidade de a exercer ou então como o direito/faculdade a exteriorizar o conteúdo do seu direito real.

Não obstante, se o proprietário não adquiriu posse ou em algum momento a perdeu e, para além disso, está impedido por terceiro de a readquirir, tem de existir um pressuposto, isto é, tem de existir uma legitimação para que o proprietário tenha direito a adquirir posse ou que lhe permita exteriorizar o seu direito, a qual se sobrepõe à posse do terceiro. Tal legitimação deriva da própria propriedade. Na situação de terceiro que adquiriu posse sem que tenha um direito real que o legitime, a propriedade faz com que a tal posse ceda mesmo que o proprietário nunca tenha tido posse, porquanto a posse serve como instrumento ao direito real. Qualquer posse cede perante o direito real, desde que não exista um direito real a legitimar.

Desta forma, não deixa de se considerar que ocorreu uma violação à propriedade, uma vez que o proprietário se viu impedido de exteriorizar o seu direito real.

Poderíamos dizer que não tem importância prática distinguir se efetivamente esta situação se configura como esbulho, uma vez que não é necessária a distinção para aplicação da ação de reivindicação. Como o próprio artigo 1311.º do Código Civil indica, a ação dirige-se “contra qualquer possuidor ou detentor da coisa”²⁴⁰. Todavia, no momento de determinar os encargos, nos termos do artigo 1312.º, do Código Civil, torna-se imperativa tal distinção. Consequentemente, importa saber se a situação em que o proprietário não tem posse, mas o terceiro adquire um controlo material apto a esbulhar um qualquer possuidor, deve ser considerada como esbulho e, desta forma, a restituição da coisa deve ser à custa do esbulhador.

Portanto, pode estar aqui refletida uma de duas situações: ou não existe designação para a situação em que o proprietário sem posse se vê impedido por terceiro de exteriorizar o seu direito real e aproveitar o seu conteúdo real, apesar de ter sempre a possibilidade de intentar ação de reivindicação; ou, então, a situação em que terceiro

²⁴⁰ José Oliveira Ascensão, Ação de reivindicação, Lisboa, Ordem dos Advogados Portugueses, Pág. 529.

impede o proprietário de exercer o seu direito, ainda que não tenha posse, configura-se como esbulho.

1. Artigo 1312.º, do Código Civil

Posto isto, prosseguimos para o artigo 1312.º do Código Civil o qual enuncia, a propósito da ação de reivindicação, que a restituição deve ser feita à custa do esbulhador, mas só no caso de este existir. Nestes termos, numa interpretação *a contrario*, o artigo enuncia que podem existir situações em que não ocorre esbulho no âmbito da ação de reivindicação.

Será que estas situações, em que não ocorre esbulho, são aquelas em que o proprietário não tem posse? No entanto, o artigo pode ser interpretado no sentido de serem apenas situações de mera perturbação. Ou refere-se a ambas as situações? Isto é, às situações de mera perturbação e às situações em que o titular do direito real não tem posse?

Se apenas considerarmos que as situações em que não ocorre esbulho são apenas de mera perturbação, significa que quando o proprietário não tem a posse, ainda assim considera-se esbulhado.

Por outro lado, se considerarmos que as situações em que não existe esbulho são as situações de mera perturbação e em que o proprietário não tem posse, significa que face à necessidade de intentar a ação de reivindicação, não ocorreu esbulho nem existe designação para tal situação.

Todavia, independentemente da linha a seguir, significa que a violação do terceiro não corresponde à privação da posse do proprietário, mas à impossibilidade de o proprietário querer exteriorizar o seu direito real.

José Alberto Vieira afirma que a ação de reivindicação da coisa, nos termos dos artigos 1311.º e 1315.º do Código Civil, é o meio processual pelo qual se exerce o direito real com vista à obtenção da posse.²⁴¹ Pode parecer, por isso, que as situações em que se intenta uma ação de reivindicação são situações em que o proprietário não tem posse. No entanto, o direito real só pode ser aproveitado com a posse correspondente. Ou seja, se é necessário intentar uma ação de reivindicação, então, parece claro que o titular do direito real não tem posse ou pelo menos que viu a sua posse ser violada.

Como concluir se pode ocorrer efetivamente esbulho na situação de o proprietário não ter posse?

²⁴¹ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 461, nota de rodapé n.º 1530.

Como José Oliveira Ascensão evidencia, o que importa para o esbulho não é o ato em si, mas o “estado de facto objetivo”, que ocorre quando “alguém tenha indevidamente em seu poder coisa pertencente a terceiro”, ocorre uma “situação objetiva de detenção desconforma”.²⁴² Portanto há uma distinção entre o ato e o estado de facto.

Apesar de José Oliveira Ascensão usar este raciocínio para explicar que não importa a posição jurídica do réu para intentar ação de reivindicação, isto é, não importa se réu está numa situação de posse ou detenção. Não deixa de ser interessante usarmos a mesma linha de raciocínio para o artigo 1312.º do Código Civil. Assim, Oliveira Ascensão vê esbulho como uma situação indevida de um *corpus*, o que significa que as situações previstas no artigo 1312.º do Código Civil, mencionadas na expressão “se o houver”, a *contrario*, são situações em que o terceiro tem a coisa sem que seja indevidamente. Nomeadamente, quando o terceiro encontrou a coisa perdida no chão.

Na propriedade não há distinção de ações, enquanto para a posse existe distinção constante entre esbulho ou perturbação. Consequentemente, no âmbito da ação de reivindicação também não é feita a distinção entre esbulho e perturbação. Pelo que, não podemos readaptar a situação de perturbação e esbulho nas ações possessórias à ação de reivindicação, isto é, não podemos caracterizar a perturbação como facto proveniente da ação de reivindicação.²⁴³

Sendo assim, nos termos do artigo 1312.º do Código Civil, quando não haja esbulho são situações em que o terceiro não tem um corpus indevido, isto é, apesar de ser exigida a restituição da coisa, visto que o terceiro não tem fundamento legal que determine a recusa, nos termos do artigo 1311.º, do Código Civil, existe uma exclusão da ilicitude do estado do terceiro, porquanto não agiu deliberadamente contra o direito real existente. Nomeadamente, quando as coisas aparentam uma imagem de abandono. Para além disso, não parece plausível que o terceiro que encontre uma coisa por mero acaso fique responsável com os encargos, quando em última instância se não fosse ele nem o proprietário teria acesso à coisa.

Desta forma, esbulho caracteriza-se como a aquisição de uma posse indevida por terceiro que impossibilita o proprietário de exteriorizar o seu direito, através da posse.

Tal circunstância parece resultar também do 1323.º do código Civil, dado que o terceiro tem a obrigação, caso se trate de animais e coisas móveis, de anunciar o achado

²⁴² José Oliveira Ascensão, Ação de reivindicação, Lisboa, Ordem dos Advogados Portugueses, Pág. 529.

²⁴³ Caso caracterizássemos a perturbação como facto da ação de reivindicação, a diferente entre esbulho e perturbação no âmbito da propriedade seria a aquisição de uma nova posse incompatível, para situação de esbulho, e compatível, para a perturbação, que implicaria a impossibilidade de exteriorização do seu direito para o proprietário.

e esperar o prazo de um ano, isto para que possa adquirir o direito de propriedade sobre a coisa. Este processo designa-se ocupação. Neste âmbito, surgem imposições para aquele que encontra a coisa, de forma a respeitar o direito real, caso exista. No caso de imóveis, existe registo pelo que o terceiro não tem como se desculpar sobre o não conhecimento do titular do direito real, apesar de existir a possibilidade de não existir registo.

O terceiro, ao estar obrigado a este procedimento, apesar de adquirir o controlo material sobre a coisa, sabe ou, pelo menos, devia saber que não pode adquirir logo a propriedade, pelo que o terceiro sabe que ao exercer a posse, nos termos da propriedade, está a entrar em conflito com possíveis titulares do direito real. Assim, existe uma obrigação ou dever de o terceiro agir e respeitar, pelo menos a suscetibilidade de existir um titular do direito real reivindicar a coisa. As imposições para o terceiro quando violadas implicam esbulho. O proprietário tem um direito subjetivo a gozar a coisa, o que implica imposições para o terceiro de não adquirir posse ou, por outro lado, a restituir a coisa quando exigida pelo proprietário. Posto isto, parece que esbulho se cinge à aquisição de nova posse ou detenção, sobre imposições proibitivas ou impeditivas, na medida em que será a única forma de impedir o titular do direito real a gozar ou exteriorizar-lo.

No entanto, pode parecer estarmos a misturar ocupação, como aquisição da propriedade, com a aquisição de posse. Mas, se existe legislação que não permite que em situação de perda de coisas móveis e animais um terceiro adquira a propriedade da coisa, então, significa que o proprietário vê o seu direito protegido durante um ano e que pode, a qualquer altura, exteriorizar o seu direito e, por essa razão, não pode estar impedido por terceiro de o realizar. Neste contexto, está subjacente a ideia de que qualquer atuação contrária a esse direito real não é permitida, incluído a posse exercida nos termos da propriedade.

No entanto, o esbulho só se configura quando é exigida a entrega ou devolução da coisa pelo proprietário e o terceiro não a faz. Portanto, o simples facto de achar ou encontrar a coisa e a usar não implica esbulho, apenas quando ocorrer uma oposição do titular do direito real.

Parece que existe uma obrigação ou um dever geral de recato ao exercer qualquer controlo material sobre coisas que não nos pertencem, isto porque existe o pressuposto de que, em princípio, as coisas têm dono. Agora, se das circunstâncias resultar a convicção de abandono da coisa, por razões imputáveis ao proprietário, deve o terceiro ser prejudicado nisso?

Não é por a coisa aparentar uma situação de abandono, que o terceiro pode atuar sem limitações, como resulta da própria lei, existe um período interregno, de forma a indagar sobre a titularidade de direito real sobre a coisa.

Portanto, no caso em apreço o terceiro até pode desconhecer a titularidade do direito real sobre a coisa, no momento em que adquire a posse. Contudo, num segundo momento em que é exigida a restituição e este não concorda, deve de certa forma considerar-se esbulho, na medida em que já não encontra justificação/legitimidade para continuar a exercer o seu controlo material sobre a coisa, sabendo que existe um titular do direito real.

No entanto, se o proprietário não é possuidor, pode surgir a ideia para o terceiro de que não existe sobre a coisa qualquer direito real. Pelo que, dessa forma, o terceiro ao adquirir a posse não estaria a agir consciencializado de que feria direitos alheios. E, assim, ao adquirir a posse, poder-se-ia considerar a agir de forma “legítima”, na medida em que não existem direitos subjetivos que o proíbam de atuar, isto é, sem interferir com posses já existentes. A própria falta de posse do proprietário, no caso de negligência, poderia levar o terceiro a agir de forma a adquirir a posse. Pelo que seria justificável não ter de sofrer os encargos. No entanto, o direito real de propriedade, como direito absoluto, que faz a posse ceder perante este, torna ilegítima tal atuação. As ações possessórias servem para agilizar o processo de devolução ao proprietário da permissão de exteriorizar o seu direito, apesar de defenderem também o possuidor não proprietário, contudo cedem perante a ação de reivindicação. Assim, significa que não deixa de existir esbulho quando o proprietário não tenha posse e se vê impedido de exteriorizar o seu direito real.

Portanto, o terceiro que impede o proprietário de exteriorizar o seu direito real de forma a aproveitar o seu conteúdo adquire a posse ou a detenção de forma não justificada, uma vez que contraria imposições de direitos subjetivos. Porém, tal posse só se torna indevida, nas situações em que não haja uma posse anterior, quando o proprietário se opõe à posse do terceiro, isto é, quando o terceiro não respeita as imposições provenientes da ocupação.

O proprietário tem direito a exteriorizar o seu direito real através do seu *corpus* possessório. No entanto, só o poderá fazer através da posse, por isso, o proprietário tem direito à posse, o que implica uma proibição para terceiros de não aquisição de uma nova posse ou controlo material.

Assim, existe um direito subjetivo, que opera proibições para o terceiro, relativo a factos que venham impedir a exteriorização do seu direito real de gozo.

A posse apresenta-se como uma extensão do direito real, apesar de ser autónoma.²⁴⁴ Por isso, se o titular do direito real de gozo permite o aproveitamento da coisa, através da sua exteriorização, então, significa que existem imposições proibitivas para terceiro que adquira a posse.

²⁴⁴ Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, 2016, pág. 454.

Conclusão

O esbulho pode ser visto de duas perspetivas: a da posse, que vê ocorrer a quebra do *corpus* possessório ou, por outro lado, no âmbito da ação de reivindicação, como a impossibilidade de o proprietário exteriorizar o seu direito, por terceiro, e, dessa forma, em algumas situações, nomeadamente, quando não é possuidor, de adquirir o *corpus* possessório.

Assim, o esbulho caracteriza-se, numa perspetiva inicial, como a violação da posse, através da atuação de terceiro, a qual se concretiza com um novo controlo material sobre a coisa, exercido de forma contrária à anterior posse.²⁴⁵ Tal atuação sobre a coisa investe o terceiro numa posse incompatível com a anterior e, por isso, concretiza-se na ofensa do anterior *corpus* possessório, mais concretamente, com a sua quebra, ao contrário da perturbação onde tal não ocorre. Assim, tal quebra do *corpus* possessório implica a perda da posse efetiva²⁴⁶, uma vez que a posse é desacompanhada do controlo material da coisa, no entanto, o possuidor pode manter um diferente controlo material, nos termos de outro direito real.

Posto isto, obviamente que tal quebra pode, em algumas situações, significar a privação da coisa, porquanto o facto de o terceiro se investir no *corpus* possessório implica a retirada da coisa da esfera do anterior possuidor. Todavia, não serve como elemento distintivo da perturbação, uma vez que podem existir situações de esbulho sem que o anterior possuidor fique totalmente privado da coisa. Isto é, a perda efetiva da posse implica a quebra do *corpus* possessório da posse, nos termos de determinado direito real de gozo, contudo o possuidor pode ficar investido num diferente controlo material, referente a outro direito real. Por essa razão, a quebra do *corpus* possessório pode não implicar a privação da coisa.

Por conseguinte, o terceiro fica investido num *corpus*, pelo que é necessário verificar quais são as situações em que se verifica um novo controlo material. Podemos afirmar que tal ocorre com a detenção, a posse compatível e a posse incompatível. No entanto, as situações em que o ordenamento jurídico prevê que ocorra quebra do anterior *corpus* são, necessariamente, as situações em que se constitui uma nova posse incompatível.

²⁴⁵ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.ª edição, reimpressão, 2010, pág. 320.

²⁴⁶ Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 4.ª edição, Pág. 485.

Neste contexto, segundo o princípio da elasticidade²⁴⁷, só a concretização de uma nova posse incompatível resulta na quebra do anterior *corpus* possessório e, conseqüentemente, na perda da posse com o decorrer de um ano. Significa que ocorreu uma quebra no controlo material que não permite que a posse permaneça, que implica a perda da anterior. Nos termos do artigo 1257.º do Código Civil, a posse deixa de se manter porque cessou a existência do *corpus* possessório.

Portanto, para que ocorra uma verdadeira violação da posse tem de, necessariamente, existir um novo controlo material/ *corpus*, que seja apto a dar forma a uma nova posse, ainda que esta não se forme, porque o terceiro não tem intenção de agir como tal e, para além disso, tem de ser exercida contra a anterior posse. Só assim, existirá um conflito de interesses apto a afastar a anterior posse.

Adicionalmente, o ordenamento mostra-nos que nem todas as situações em que o possuidor não tem a coisa consigo, isto é, está privado da coisa, são situações em que o possuidor vê a sua posse violada. Nomeadamente, a circunstância em que o proprietário, que é possuidor, onera o seu direito no momento em que cede um direito de usufruto a terceiro sobre a coisa. A anterior posse não tem que ser restituída, uma vez que não ocorreu uma quebra. Apenas o seu direito de propriedade se retraiu e, conseqüentemente, a sua posse também.

Decorre do anteriormente exposto que não pode existir uma situação de justificação/legitimidade nas situações de violação da posse. Caso haja, vê-se a situação de esbulho excluída.

De notar que existe uma expressão da vontade do possuidor na qual legitima a atuação do terceiro, porquanto o anterior possuidor limitou o seu direito. O anterior possuidor justifica, assim, a posse do terceiro e, conseqüentemente, torna a sua posse elástica o suficiente para que a situação de sobreposição de posses se mantenha.

No entanto, tal operação só pode ocorrer para excluir as situações de perturbação, uma vez que as posses são compatíveis. No caso de posses incompatíveis, ainda que o anterior possuidor o permita no sentido de onerar o seu direito, nunca vai ser possível a continuação de situação de sobreposição de posses.

O esbulho verifica-se, então, quando terceiro, neste caso o esbulhador, tem determinada atuação sobre a coisa que permita que se constitua nova posse, contanto que seja contrária à posse já existente (²⁴⁸) e contra a vontade do anterior possuidor. Pelo que não pode, por isso, a atuação do terceiro ser justificada/legítima. De tal posse,

²⁴⁷ Cf. José Luís Bonifácio Ramos, *Direito Reais- Relatório*, 2013, pág. 251 e 176 .

²⁴⁸ Cf. Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6.º edição, reimpressão, 2010, pág. 320.

concretiza-se a quebra do anterior *corpus* possessório, pelo facto de que a nova posse é incompatível.

No âmbito da ação de reivindicação, o esbulho ocorre quando o terceiro impede ou impossibilita a exteriorização do titular do direito real, através da aquisição de um novo *corpus*, quando não justificada ou legitimada sobre coisa, isto é, quando indevido. Complementarmente, deve existir uma oposição do anterior possuidor de forma a concretizar-se o esbulho. Desta forma, ocorre um impedimento à exteriorização do anterior direito real de gozo através da posse.

Em conformidade, torna-se necessária a restituição do *corpus*, à situação em que previamente já existia, na ação possessória; ou a entrega de tal *corpus* quando nunca tenha existido ou se tenha perdido, na ação de reivindicação.

Bibliografia

Almeida, L. P. Moitinho de, Restituição de Posse e Ocupações de Imóveis, Coimbra Editora, 5.º edição, 2002.

Almeida, Paulo Duarte Pereira de, Restituição provisória da posse, Lisboa, 1989.

Ascensão, José de Oliveira,

- Acção de reivindicação- Lisboa : Ordem dos Advogados Portugueses, 1997.

- Direitos Civil Teoria Geral, Vol. I, 2.º edição, 2000, Coimbra Editora.

-Direito Civil Reais, 5ª ed. revista e ampliada, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

-“Propriedade e Posse- Reivindicação e reintegração”, in: revista Luso-Africana de Direito, Vol I, 1997.

Cordeiro, António Menezes,

-Direitos reais, Lisboa, Lex, 1979.

- Direitos reais, sumários, Lisboa, 1984-1985.

-A Posse: perspectivas dogmáticas actuais, 3ª ed. actualizada, Coimbra, Almedina, 2000

Duarte, Rui Pinto, Curso de Direitos Reais, 3.º edição revista e aumentada, Cascais, Principia, 2013.

Fernandes, Luis A. Carvalho, Lições de Direitos Reais, Quid Juris?, Lisboa, 6ª edição, reimpressão, 2010.

Freitas, José Lebre de e Alexandre, Isabel, Código Processo Civil Anotado, vol. 2.º, Almedina, Coimbra, 3.º edição, 2017.

Geraldes, António Santos Abrantes, Temas da Reforma do Processo Civil, vol. IV, 6. Procedimentos Cautelares Especificados, Almedina, Coimbra, 2ª edição Revista e actualizada, 2003

González, José A. R. L.

-“Comentário ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça nº 487/14.4T2STC.E2.S1, de 19/10/2016 (Restituição provisória da posse - Esbulho - Violência - Violência sobre a coisa - Recurso de revista - Oposição de julgados - Procedimentos cautelares)” In: Revista do Ministério Público, A. 38, nº 150 (Abr.-Jun. 2017). Abr-jun 2017, Ano 38, nº 150

-“O princípio do contraditório na restituição provisória da posse : Breve linha evolutiva histórica e regime actual”, In: Tribunal Constitucional 35º aniversário da Constituição de 1976,, Coimbra Editora, 2012.-vol. II, pág. 239-279

JUSTO, A. SANTOS, Direitos Reais, 3.º edição, Coimbra, Coimbra editora, 2011.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, Direitos Reais, 7.º edição, Coimbra: Almedina, 2018.

Lima, Fernando Andrade Pires de e Varela, João de matos Antunes, Código civil Anotado, vol III, 2.º edição revista e actualizada, Coimbra Editora, 1984

Magalhães, António Leite Ribeiro de, Manual das acções possessórias e seu processo, Coimbra, F. França Amado, 1895.

Mesquita, Manuel Henrique, Direito Reais, Sumários das Lições ao curso de 1966-1967, Coimbra. (policopiado)

Mota, Guerra da, Manual da Acção Possessória, Vol. 1: Acção possessória, embargos de terceiros, Athena Editora, Porto, 1980.

Neto, Abílio,

-Código de Processo Civil Anotado, 5.º edição, Lisboa, Petrony, 1983.

- Novo Código de Processo Civil Anotado, 5.º edição revista e ampliada, Ediforum Edições Jurídicas, 2020.

Oliveira, Miguel Ricardo Machado, A Posse: Na doutrina e na Jurisprudencia; Porto: Petrony, 1981, (Colecção "Quid Juris?";22).

Pinto, C. A. Mota, Direitos Reais (lições recolhidas por ÁLVARO MOREIRA e CARLOS FRAGA), Coimbra, Almedina, 1972.

Pinto, Rui, As ações possessórias : estudo breve sobre os artigos 1276º a 1286º do código civil, In: Código civil, 2019. - Vol. 2, p. 753-776

Pissarra, Nuno Miguel Andrade Paula, Das Ações Reais, Tese de doutoramento, Direito (Ciências Jurídico-Civis), Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2019

Ramos, José Luis Bonifácio,

- Direitos Reais- Relatório, AAFDL Editora Lisboa, 2013.

-Manual de Direitos Reais, AAFDL Editora Lisboa, 2017.

Reis, Alberto dos,

-Código Processo Civil Anotado, 3º edição, Vol. I , Coimbra, Coimbra Editora, 1948.

-Processos Especiais, Vol. I- reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1982.

Rodrigues, Manuel, A Posse: Estudo de direito civil português, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 1996

Silva, Manuel Dias da, Processos Civis Especiais, 2ª edição, Coimbra, F. França Amado, 1919.

Silveira, José dos Santos, Processos de natureza preventiva e preparatória, Coimbra-1966

Vieira, José Alberto, Direitos Reais, Coimbra, Almedina, 2016.

Jurisprudência

-Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 6852/2005-6, datado de 23-06-2005, relator Gil Roque;

-Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo n.º 2468/20.0T8LRA.C1, datado de 24-11-2020, relator Maria Teresa Albuquerque;

-Acórdão do Tribunal Relação de Lisboa, de 07/02/2019, processo n.º 6113/18.5T8ALM-A, relator Pedro Martins;