

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2017/2



LVIII

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIII – 2017/2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontificia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETORA

Maria do Rosário Palma Ramalho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

Isabel Graes

Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIA DE REDAÇÃO

Rosa Guerreiro

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Dezembro, 2017

Editorial

5 Nota da Diretora

Alessandra Monteiro

7-31 Construir uma justiça global – Que direito e Democracia?
Building a Global Justice – What Law and Democracy?

Emilio Javier de Benito Fraile

33-72 La I Republica Española y el fallido proyecto constitucional de 1873: una experiencia a evitar
The first spanish republic and the failed constitutional project of 1873: an experience to be avoided

Gonçalo de Andrade Fabião

73-99 Posições jurídicas conferidas por normas de direitos fundamentais
Legal positions resulting from fundamental rights norms

Miguel da Câmara Machado

101-117 What the world needs now is Comparative Law, sweet Comparative Law

Miguel Morales Payán e Isabel Graes

119-164 España y Portugal: Caminos paralelos en busca de la independencia judicial en el siglo XIX

Raineri Ramos Ramalho de Castro

165-203 Direitos fundamentais como trunfos contra a maioria – análise crítica da teoria de Jorge Reis Novais
Rights as trumps – a critical analysis of Jorge Reis Novais' theory

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde

205-212 O artigo 291º do Código Civil e a inoponibilidade a terceiros da nulidade e da anulação do negócio jurídico

Rui Soares Pereira

213-231 Force majeure, *imprévision* and change in circumstances under Portuguese law

O artigo 291º do Código Civil e a inoponibilidade a terceiros da nulidade e da anulação do negócio jurídico*

Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**

1. Considerações preliminares. O sistema do título e o princípio da publicidade dos direitos reais

Em Portugal, a aquisição dos direitos reais obedece ao sistema do título. Para que o *jus in re* se constitua ou transmita, é necessário que exista um fundamento jurídico, uma causa que justifique esses efeitos. Em princípio, são abrangidas todas as razões em que se funda a aquisição de um direito real, quer se trate da lei (artigo 704º, Código Civil, que se ocupa da hipoteca legal), de sentença (artigo 710º, n.º 1, Código Civil, que dispõe sobre a hipoteca judicial) ou *maxime* de um acto jurídico, mormente, o contrato (artigo 408º, n.º 1, Código Civil), em que o consenso desencadeia a produção desses efeitos.¹

Atendendo a que a verificação dos referidos efeitos reais depende fundamentalmente do consenso negocial anónimo mas, por outro lado, os direitos reais são na génese oponíveis *erga omnes*, é necessário garantir a sua cognoscibilidade por terceiros, nomeadamente, quando tenham por objecto bens de maior significado económico e social. O princípio da consensualidade carece assim de complementação pelo princípio da publicidade, que se apoia em dois pilares: a publicidade espontânea, assegurada pela posse e a publicidade organizada, veiculada pelos diversos sistemas de registos públicos, os quais fazem parte da chamada administração pública de Direito Privado, inserindo-se no conjunto de normas que regem a organização e funcionamento dos serviços públicos que certificam e dão fé pública a determinadas situações e actos jurídicos de natureza privada, que carecem, para protecção de terceiros, de publicidade adequada. Em atenção ao objecto do tema, apenas o registo predial irá concitar a nossa atenção.

* A convite da Revista.

** Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Sobre o que se deva entender por “título” no presente contexto, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, 2012, pp. 196-197 (nota 70) e 200.

No rigor dos termos, a vigência do sistema do título, ancorado na consensualidade, implicaria que o registo conhecesse uma função meramente declarativa, limitando-se a dar notícia dos factos jurídicos substantivos sobre que incide, uma vez que a sua constituição e eficácia já estão asseguradas pela validade do próprio título. Essa função básica do registo pode ser contudo perturbada por variadas vicissitudes patológicas, que afectem os próprios actos de registo ou as situações materiais subjacentes, criando-se então situações dilemáticas cuja solução obriga a conferir ao registo efeitos que se situam para além do referido carácter declarativo.

Com efeito, e sem aprofundar todo o manancial de casos abrangidos, pode haver actos substantivos que não sejam levados ao registo, assim como os actos registados podem sofrer de vícios próprios. Em qualquer dos casos, terceiros de boa-fé podem ser induzidos a desenvolver uma actuação jurídica baseada nessas anomalias, obrigando então os sistemas de registo a tomar uma decisão jurídica delicada: ou optam pelo primado da realidade substantiva, desamparando os que confiaram no registo ou pelo contrário fazem prevalecer a realidade registal, em detrimento dos sujeitos que beneficiam das situações substantivas. O modo de resolução de tais patologias pode assim implicar que o sistema de registo seja chamado a desempenhar funções que transcendem largamente a simples notícia dos factos inscritos.

No limite e desde que reunidos os diversos pressupostos legais, o registo pode gozar inclusive de efeito **aquisitivo** (ou **atributivo**), sempre que implique a aquisição de um direito em desconformidade com a realidade substantiva. O objecto do presente estudo consiste precisamente num dos casos de efeito atributivo do registo predial admitidos pela ordem jurídica portuguesa.

2. Os efeitos das invalidades negociais

Os negócios jurídicos podem estar feridos por variados tipos de vícios que afectem a sua validade (erro na declaração ou erro-vício, dolo, coacção física ou moral, usura, preterição da forma legalmente exigida, etc.). Consoante a causa dessa invalidade, assim os negócios serão nulos ou anuláveis. A nulidade corresponde às anomalias mais graves, em que há lesão de um interesse público predominante, ao passo que a anulabilidade se funda na ofensa de interesses predominantemente particulares.

A diversidade dos fundamentos explica as inerentes diferenças de regime. Se os negócios forem nulos, não produzem desde o início os efeitos a que tendiam, podendo a nulidade ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado; em contrapartida, o negócio anulável produz os seus efeitos enquanto não for julgada

procedente uma acção de anulação e considera-se definitivamente válido se não for anulado no prazo legal a pedido da pessoa com legitimidade para o fazer.

Como os vícios que geram a invalidade dos negócios são contemporâneos da sua formação, os efeitos da sua declaração de nulidade ou anulação judicial operam com retroactividade nos termos do artigo 289º do Código Civil. Consequentemente, há que reconstituir o estado de coisas anterior, como se o negócio nunca se tivesse realizado, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, não sendo possível, o valor equivalente.

Caso esta regra do artigo 289º não conhecesse excepções, a retroactividade da nulidade ou da anulação conduziria à oponibilidade a terceiros da destruição dos efeitos do negócio. Se **A** vende o prédio *X* a **B** e este o vende a **C**, a declaração de nulidade ou a anulação do negócio celebrado entre **A** e **B**, implica necessariamente a invalidade do segundo negócio entre **B** e **C**, em virtude de **B** ter perdido legitimidade para dispor do prédio, uma vez que a titularidade do prédio *X* regressou à esfera de **A**, depois de ser declarada a invalidade do negócio que este celebrou com **B**. Logo, a alienação do prédio feita por **B** seria nula por se tratar de uma venda de coisa alheia (artigo 892º do Código Civil).

De forma a evitar que os terceiros em geral sofressem estas consequências drásticas, a lei civil decidiu protegê-los caso se verifiquem determinados pressupostos. É justamente esta a função desempenhada pelo artigo 291º do Código Civil que cumpre agora examinar.

3. O regime legal estabelecido pelo artigo 291º. O efeito atributivo do registo

I. Estabelece este preceito que a declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico que incida sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo, não é oponível aos terceiros de boa-fé que hajam adquirido, a título oneroso, direitos sobre os mesmos bens, desde que o registo da sua aquisição seja anterior ao registo da acção de nulidade ou anulação ou ao registo do acordo entre as partes acerca da invalidade do negócio.

A previsão legal concretiza-se na hipótese com que temos trabalhado: **A**, proprietário do prédio *X*, com inscrição no registo predial, vende-o a **B** por negócio jurídico viciado por uma qualquer invalidade substantiva prevista na lei civil. **B** também registou a sua aquisição e, em seguida, revendeu o prédio a **C** (subadquirente), que está de boa-fé nos termos do artigo 291º, n.º 3, em virtude de desconhecer o vício que fere o primeiro negócio.

Se **C** registar a sua aquisição antes de ser registada a acção de nulidade (ou anulação) do negócio entre **A** e **B**, os seus direitos não serão prejudicados pelos efeitos da anulação ou da nulidade do primeiro negócio, contrariando assim a eficácia retroactiva da decisão judicial atribuída pelo artigo 289º, n.º 1. As razões desta protecção dispensada a **C**, enquanto terceiro adquirente, radicam na tutela da sua boa-fé e na fé pública registal, porquanto, ao adquirir o prédio, **C** ignorava o vício do primeiro negócio e estava apoiado pela inscrição a favor de **B**, seu disponente. A posição jurídica de **C** só não será tutelada caso a acção de nulidade ou anulação do primeiro negócio seja instaurada dentro dos três anos subseqüentes à sua conclusão (artigo 291º, n.º 2). Deste modo, os requisitos que condicionam a aplicação do artigo 291º, n.º 1, são os seguintes:

- Pré-existência de um **registo desconforme** por invalidade substantiva do negócio registado (no nosso exemplo, o negócio celebrado entre **A** e **B**), que incidiu sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registo;
- **Acto de disposição** fundado no registo desconforme (a alienação feita por **B** a **C**);
- **Boa-fé subjectiva** do terceiro adquirente nos termos do artigo 291º, n.º 3;
- **Aquisição a título oneroso** por esse terceiro de boa-fé;
- O registo da aquisição pelo terceiro **tem que preceder** o registo da acção de declaração de nulidade ou anulação do negócio jurídico precedente;
- Em sexto lugar, esta acção de declaração de nulidade ou anulação do negócio jurídico precedente **não pode ser proposta dentro dos três anos posteriores à conclusão desse negócio**, sob pena de não serem protegidos os direitos do terceiro adquirente.

II. O direito adquirido por **C** não se funda obviamente no contrato que celebrou com **B**, porquanto este contrato, sendo materialmente nulo, não pode basear a aquisição de quaisquer direitos. Logo, a aquisição feita por **C** não se filiou no artigo 408º, n.º 1, do Código Civil, norma fundamental que rege a aquisição de direitos reais em Portugal e que declara a sua constituição ou transmissão como mero efeito do contrato. Deste modo, como a aquisição que se verificou a favor de **C** se processou em desconformidade com as regras substantivas, fundando-se, entre outros factores, na precedência da sua inscrição no registo relativamente ao registo da acção de nulidade ou de anulação do primeiro negócio, celebrado entre **A** e **B**, diz-se que houve uma **aquisição tabular**, tendo funcionado o chamado efeito aquisitivo (ou atributivo) do Registo Predial.²

² A expressão “aquisição tabular” designa aquele que adquire por via do registo, tendo origem histórica. Como explica CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade e teoria dos registos*, Almeida, 1966, pp. 121-12, no direito babilónico a propriedade imobiliária costumava ser marcada por pedras, nas quais se transcrevia o conteúdo do documento de aquisição da propriedade, que era, em geral, escrito originariamente em tábuas de argila.

III. A decisão adoptada pelo artigo 291º, n.º 2, de impedir o funcionamento da aquisição tabular nos três anos posteriores à conclusão do primeiro negócio, tem suscitado forte controvérsia, em virtude de não ter paralelo nos demais casos de efeito atributivo. De facto, a opção legislativa criou uma discrepância infundada com a disciplina do artigo 17º, n.º 2, CRP, por não haver fundamento que justifique o tratamento mais favorável do subadquirente de quem tem um registo nulo, relativamente ao subadquirente de quem foi parte num negócio jurídico substancialmente inválido. Basta ter presente que a nulidade do registo se pode fundar em título falso (artigo 16º, alínea a), CRP), para se compreender que a patologia da nulidade registal pode ser bem mais grave do que a invalidade substantiva a que se reporta o artigo 291º, CC.³

Uma determinada explicação doutrinária desta desarmonia, veio alegar que o subadquirente abrangido pelo artigo 291º, merece contudo menor protecção do que nos restantes casos de efeito aquisitivo, porquanto a disposição apenas se aplica às hipóteses em que o terceiro adquiriu sem que houvesse registo prévio a favor do seu transmitente, ao contrário do que sucede em face do artigo 17º, n.º 2, CRP. Mantendo o nosso exemplo de trabalho, a aquisição feita por **B** não teria sido registada, pelo que **C** adquiriu sem estar amparado por uma presunção registal a favor de **B**. Deste modo, não existindo uma inscrição prévia em nome do disponente, o subadquirente (**C**) não pode consequentemente invocar a fé pública registal, pelo que se justificaria que a aquisição não fosse imediata, apenas se dando depois de decorrido o prazo legal de três anos. Nos demais casos, de preexistência de registo desconforme, aplicar-se-ia o regime do artigo 17º, n.º 2.⁴

São diversas as razões que impedem a proficiência da tese, como já aliás resultava da anterior enumeração dos pressupostos que condicionam a aplicação do artigo

³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, p. 372, considera mesmo que existe uma contradição valorativa.

⁴ Considerando que o artigo 291º se aplica aos casos em que não existe registo prévio a favor do alienante, OLIVEIRA ASCENSÃO, «*Efeitos Substantivos do Registo Predial na Ordem Jurídica Portuguesa*», pp. 36-38, CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, p. 148 e MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais, Sumários*, p. 90, ISABEL PEREIRA MENDES, *Estudos sobre o Registo Predial*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 38, 92, 126 (ao terceiro a que se refere o artigo 291º falta uma característica essencial do “terceiro registal”, justamente porque não adquiriu de uma pessoa que estivesse inscrita no registo como titular do direito sobre o prédio) e *Código do Registo Predial*, pp. 230-231 (nota ao artigo 17º).

Posteriormente, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, pp. 369-370 e 376, mudou de posição, exigindo a preexistência de registo desconforme, orientação que é apoiada por JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, p. 304.

291º, em que logo em primeiro lugar se fez figurar a preexistência de um registo desconforme.

Caso o artigo 291º supusesse a ausência de um registo prévio desconforme, a disposição somente se aplicaria quando o princípio da legitimação fosse violado, porquanto os factos de que resulte transmissão de direitos ou constituição de encargos sobre imóveis não podem ser titulados sem que os bens estejam definitivamente inscritos a favor da pessoa de quem se adquire o direito ou contra a qual se constitui o encargo (artigo 9º, n.º 1). Sendo respeitado o princípio da legitimação, tem que existir sempre uma inscrição registal em favor do disponente (**B**). Ora, confinar a aplicação de um preceito aos casos em que outra disposição legal fosse infringida, constitui uma insólita interpretação jurídica que não se pode secundar, não sendo também razoável atribuir semelhante propósito ao legislador. De resto, os próprios defensores da orientação reconhecem que tem por consequência o esvaziamento do campo de aplicação do artigo 291º, porquanto raramente surgirão casos de falta de registo prévio a favor do transmitente, face à vigência do princípio da legitimação.

Em segundo lugar, a aquisição tabular baseia-se sempre na tutela da fé pública registal, pelo que pressupõe necessariamente um registo desconforme relativamente à realidade substantiva. Não existindo registo prévio em nome do transmitente, a pseudo aquisição não pode ser sanada pelo registo, precisamente porque não está coberta pela fé pública registal.

Em terceiro, se não existisse registo a favor do transmitente, a inscrição a favor do terceiro adquirente seria nula por violação do trato sucessivo, não sendo por isso possível conceder-lhe qualquer protecção legal, uma vez que este princípio impede qualquer inscrição a favor do adquirente de um bem, sem que exista uma inscrição prévia a favor do transmitente.

Finalmente, faltando o registo desconforme em nome do disponente, dificilmente se pode fundamentar a boa-fé do terceiro, uma vez que este sabe (ou pode saber) que o seu disponente não tem registo a seu favor. Em conclusão, a existência de registo desconforme em nome do segundo transmitente é indispensável à aplicação do artigo 291º, n.º 1.⁵

⁵ Neste sentido, STJ Processo nº 42/2001 C1.S1 (GARCIA CALEJO), 16-11-2010, www.dgsi.pt

4. Significado jurídico da aquisição tabular

I. Em sede de teoria geral, o efeito atributivo do registo predial deve ser compreendido como uma hipótese de aquisição derivada de direitos – apesar de significar um importante desvio à sua regra característica⁶ - porquanto a constituição do direito na esfera do adquirente tabular está causalmente ligada à extinção ou oneração do direito encabeçado pelo titular primitivo. Por seu lado, do ponto de vista técnico, as normas que consagram a aquisição tabular são disposições legais destinadas à protecção de interesses alheios (artigos 5º, n.º 1 e 4, 17º, n.º 2 e 122º, todos do Código de Registo Predial e artigo 291º, n.º 1, do Código Civil), no sentido do artigo 483º, n.º 1, 2ª parte, do Código Civil, impedindo os danos patrimoniais puros que, de outro modo, seriam sofridos pelo adquirente tabular que, sem o registo, não é titular de qualquer direito subjectivo mas de um simples interesse económico.

Em regra, o terceiro beneficiado com a aquisição tabular ter-se-á fiado na menção registal para praticar o acto jurídico que corporiza a sua pseudo aquisição mas não é obrigatório que assim seja. Com efeito, o efeito atributivo funciona ainda que o terceiro beneficiado desconheça a situação registal. Mais do que proteger a confiança de quem consultou o registo, a aquisição tabular favorece a pura segurança objectiva do tráfego, independentemente das representações psicológicas dos intervenientes no comércio imobiliário.

II. Os fenómenos de aquisição tabular corporizam uma tensão jurídica permanente com a realidade material subjacente, uma vez que o efeito atributivo do registo predial funciona sempre em detrimento da titularidade substantiva. Atribuir um direito a um terceiro em homenagem à sua boa-fé, ao investimento patrimonial consubstanciado na onerosidade da aquisição e à precedência da sua inscrição no registo, importa o sacrifício inexorável da posição jurídica de quem adquiriu o seu direito em conformidade com as regras substantivas, provocando, conforme os casos, ora a respectiva extinção, ora a sua oneração tabular. Em linguagem sinopada, o efeito atributivo do registo predial significa a primazia do “adquirir” sobre o “ter”.

Todavia, este confronto entre o “ter” e o “adquirir”, ou seja, entre os interesses de conservação ou de integridade e os interesses de movimento ou de aquisição, é

⁶ Ao contrário da regra característica da aquisição derivada, o direito obtido pelo adquirente tabular não pertencia efectivamente ao (pseudo) transmitente.

em regra resolvido – a nosso ver, mal – pela ordem jurídica portuguesa em sentido desfavorável à segurança dinâmica do tráfego, em prol da ordenação estática dos bens. Entre outros lugares paralelos que poderiam igualmente ser invocados (v. g., a escassa protecção concedida aos terceiros de boa-fé pelo regime da representação sem poderes), a insólita solução acolhida no artigo 291º, n.º 2, do Código Civil, que obsta ao funcionamento da aquisição tabular nos três anos subsequentes à celebração do primeiro negócio, deve ser entendida no contexto de um sistema que, por um lado, recusou o princípio posse vale título (artigo 1301º, do Código Civil), por outro, consagrou, já no final do século XX (...), a concepção restrita de terceiros no artigo 5º, n.º 4, do Código de Registo Predial e que ainda limitou a eficácia constitutiva do registo ao caso da hipoteca (artigo 4º, n.º 2, também do Código de Registo Predial).⁷

De todo o modo, malgrado a excepcionalidade de que se revestem, as hipóteses legais de aquisição tabular bastam para desmentir a afirmação frequentemente proclamada de que o registo “não dá nem tira direitos” e que o sistema português tem mero carácter declarativo, expressão que, em rigor, apenas se adequa à publicidade enunciativa. Se a pessoa que adquiriu validamente o seu direito, deixa de o poder opor a quem inscreveu no registo uma aquisição inválida, então o verdadeiro direito extinguiu-se, dando lugar ao surgimento do “direito” adquirido através do registo.

⁷ Considerando também que o sistema português é marcado por uma prevalência muito forte da titularidade substantiva sobre os interesses do tráfego, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, 5ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2000, pp. 369-370.