

**Tribunal da Relação do Porto**  
**Processo nº 14116/20.3T8PRT.P1**

**Relator:** JOAQUIM CORREIA GOMES

**Sessão:** 11 Março 2021

**Número:** RP2021031114116/20.3T8PRT.P1

**Votação:** UNANIMIDADE

**Meio Processual:** APELAÇÃO

**Decisão:** CONFIRMADA A DECISÃO

**PROVIDÊNCIA CAUTELAR NÃO ESPECIFICADA**

**REQUISITOS**

**SUCESSÃO DE POSSE**

**BENS HEREDITÁRIOS**

**ACTOS DE MERA TOLERÂNCIA**

**RECURSO À ACÇÃO DIRECTA**

## Sumário

I - A providência cautelar não especificada tem como seus requisitos substantivos a probabilidade séria da existência de um direito (i), o fundado receio que ocorra a sua lesão de um modo grave e dificilmente reparável (ii), bem como que o prejuízo da providência não exceda o dano a evitar (iii). E tem como requisitos adjetivos o carácter subsidiário da providência cautelar não especificada em relação às demais que estão tipificadas (iv), assim como a sua adequação à remoção do periculum in mora (v).

II - Na sucessão da posse dos bens do acervo hereditário, não existe uma sucessão individualizada, ou seja, por cada herdeiro, mas antes uma sucessão coletiva, que é da herança.

III - Os actos de mera tolerância são aqueles praticados com o consentimento expresso ou tácito do titular do direito, o que acontece quando os pais, sem qualquer dever legal que o imponham, admitem que o seu filho de maioridade aí resida com os mesmos.

IV - Tratando-se de uma posse precária, a sua subsistência está dependente da tolerância do titular do direito, que agora é a herança, cabendo a administração dos seus bens à Cabeça de Casal, tendo esta a faculdade de, por isso, pedir aos herdeiros ou a terceiro a entrega material dos bens que deva administrar e estejam no poder destes, desde que essa entrega seja realmente necessária ao exercício da gestão.

V - Não é lícito o recurso à ação direta por parte da Cabeça de Casal, quando esta, sem avisar previamente o herdeiro que habita o prédio integrante do acervo hereditário, muda as fechaduras das respetivas portas, não lhe entregando as novas chaves, impedindo, dessa forma, o segundo de aí entrar e de aceder às suas roupas, bem como aos demais pertences.

## **Texto Integral**

Recurso n.º 14116/20.3T8PRT.P1

Relator: Joaquim Correia Gomes; Adjuntos; António Paulo Vasconcelos, Filipe Caroço

Acordam na 3.ª Secção do Tribunal da Relação do Porto

### **I. RELATÓRIO**

1. No processo n.º 14116/20.3T8PRT do Juízo Central Cível do Porto, J6, da Comarca do Porto, em que são:

Recorrente/Requerida: B...

Recorrido/Requerente: C...

foi proferida sentença em 02/nov./2020, na qual se decidiu o seguinte:

“A) Julgo procedente a presente providência, e, em consequência, determino seja restituída ao requerente, por forma a permitir a utilização que realizava antes de Abril de 2020, a fracção autónoma designada pela letra “L” correspondente ao 2º andar do prédio sito na rua ..., nº .., ..., Gondomar, descrito na conservatória do registo predial sob o nº 2311/20020626, inscrito na respectiva matriz sob o artigo 9138º, bem como as suas roupas e demais pertences (incluindo a mobília do quarto pelo requerente utilizado);

B) Indefiro o pedido de inversão do contencioso.”

1.1. O Requerente em 07/set./2020 demandou a Requerida, invocando que viveu sempre, ou seja, há mais de 35 anos, com os seus pais no apartamento por si identificado, o qual está inscrito no Registo Predial em nome destes últimos. Mais sustentou que o seu pai faleceu em 04/abr./2011 e a sua mãe reside agora com a Requerida, que é sua irmã, tendo esta em 13/abr./2020, substituído as fechaduras, sem que lhe desse conhecimento ou facultado as respetivas chaves, tendo ficado privado dos seus bens, roupas e correspondência, tendo a partir de então pernoitado em casa de familiares e amigos, terminando com o seguinte pedido:

“a) Ser reconhecida e declarada a posse do requerente sobre a fracção, autónoma designada pela letra “L”, correspondente ao 2º andar do nº .. da Rua ..., ....-... em ..., Gondomar, prédio descrito na C.R.P de Gondomar sob o nº 2311/20020626 e inscrito na matriz predial urbana sob o art 9138, e suas roupas e demais pertences, incluindo a mobília do seu quarto.

b) Ser declarado que o requerido foi esbulhado violentamente pela requerida.

c) Ser ordenada a restituição ao requerente da posse do apartamento descrito na al. a) , e de todos os seus bens.

d) Tudo sem a citação nem audiência da requerida, nos termos do art. 378º do C.P.C.

e) Ser declarada a inversão do contencioso ao abrigo do disposto no art. 369º e 382º do C.P.C., dispensando-se o requerente do ónus de propositura da ação principal.”

1.2. Por despacho proferido em 09/set./2020 foi determinado o seguinte:

“os autos devem seguir os termos do procedimento cautelar comum (artigo 379º do Código de Processo Civil), que permitirá a análise, não apenas da posse, mas também do direito de que o requerente da providência afirma ser titular sobre o imóvel, enquanto herdeiro legitimário de D....

.....

Indefere-se, pois, o pedido de dispensa de audiência prévia”

1.3. A Requerida em 21/set./2020 deduziu oposição, sustentando que o Requerente não vive no imóvel há mais de 10 anos, sendo toxicodependente há mais de 15 anos, tendo os seus pais, devido ao seu comportamento aditivo, obrigado o mesmo a sair de casa, vivendo em parte incerta. Mais sustentou que em fevereiro de 2020 foram decretadas medidas de acompanhamento provisórias e urgentes a favor da sua mãe, sendo definitivas por sentença de 14/set./2020, passando esta a residir com a requerida. Por último, referiu que em 13/abr./2020 alterou a fechadura daquele apartamento em virtude de o mesmo estar desocupado, sem quaisquer sinais de utilização, não assistindo qualquer direito ao Requerente para aí residir, pugnando pela improcedência da providência.

2. A Requerida insurgiu-se contra esta sentença, tendo em 19/nov./2020 interposto recurso, pugnando pela sua revogação, apresentando as seguintes conclusões:

A) Nos autos à margem referenciados, o Requerente, C..., intentou a presente providência cautelar, inicialmente para restituição provisória de posse, convertida em providência cautelar comum, contra B..., na qual requereu a restituição da fracção autónoma designada pela letra “L”, correspondente ao 2º andar, do prédio sito na rua ... nº .., ..., Gondomar.

B) Por douta decisão, o Meritíssimo Juiz a quo decidiu que fosse restituída ao

requerente, por forma a permitir a utilização que realizava antes de Abril de 2020, a fracção autónoma designada pela letra “L” correspondente ao 2º andar do prédio sito na rua ..., nº .., ..., Gondomar, descrito na conservatória do registo predial sob o n.º 2311/20020626, inscrito na respectiva matriz sob o artigo 9138º, bem como as suas roupas e demais pertences (incluindo a mobília do quarto pelo requerente utilizado).

C) A Requerida discorda da decisão proferida no que tange à restituição do imóvel.

D) Porquanto, perante a prova produzida e o Direito aplicável, deveria ser indeferida a providência requerida nessa medida.

E) Desde logo porque o Tribunal deu como não provado o seguinte facto: g- a herança aberta por óbito de D... não seja titular de qualquer rendimento.

F) E fê-lo erroneamente.

G) Porque da relação de bens da herança junta aos autos e do depoimento da testemunha E..., deveria constar dos factos provados que a herança aberta por óbito D... não é titular de qualquer rendimento.

H) Deste modo, deve alterar-se a matéria de facto, passando a constar do elenco dos factos provados que a herança aberta por óbito D... não é titular de qualquer rendimento.

I) Deve, por isso, ser aditado ao elenco da matéria provada o seguinte facto: a herança aberta por óbito D... não é titular de qualquer rendimento.

J) No que se refere ao enquadramento jurídico dos factos, a Recorrente defende que a douda a decisão recorrida fez errada interpretação e aplicação do artigo 2079.º e 2088.º do Código Civil e 362º do Código de Processo Civil.

L) Já porque considerou o Requerente da providência como comproprietário do imóvel, atribuindo-lhe o direito ao uso dos bens da herança.

M) Quer porque negou à Requerida o direito de se opor a que o Requerente utilizasse o imóvel pelo facto de dele carecer para a administração da herança.

N) A Requerida é cabeça-de-casal da herança em que se integra o imóvel cujo uso é solicitado pelo Requerente.

O) Por conseguinte, compete à Requerida, enquanto representante legal da sua mãe, o desempenho do cargo de cabeça-de-casal da herança aberta por óbito de seu pai, de cujo acervo faz parte o imóvel localizado no 2º andar do prédio sito na Rua ..., nº .., ... em Gondomar.

P) Acresce que, atento os factos de a herança não ter rendimentos e ter despesas, a cabeça-de-casal pretende a frutificação do imóvel, para, fruto desse rendimentos, ser possível o pagamento das dívidas da herança.

Q) Por tais motivos e acaso o Requerente ocupe o imóvel, sempre impediria a cabeça-de-casal de administrar zelosamente a herança.

R) Adicionalmente, defende a Apelante que douda a decisão recorrida fez

errada interpretação e aplicação do artigo 381º do Código de Processo Civil.

S) O *periculum in mora* traduz-se na verificação de um fundado receio de ocorrência de lesão grave e dificilmente reparável do direito.

T) Pelo que só merecem a tutela provisória consentida pelo procedimento cautelar comum as lesões graves que sejam simultaneamente irreparáveis ou de difícil reparação.

U) Da decisão impugnada ressalta que o Requerente utiliza o imóvel para pernoitar e descansar, bem como que, desde que foi impedido de a ele aceder, tem pernoitado em casa de familiares.

V) Provindo, ainda, da decisão ser dificilmente irreparável o prejuízo causado ao direito de uso do imóvel na pendência da acção declarativa pelo facto de o Requerente não poder pernoitar em casa própria.

X) A Recorrente não vislumbra na matéria provada qualquer facto que evidencie, ainda, que indiciariamente, a situação de emergência, isto é as lesões graves que sejam simultaneamente irreparáveis ou de difícil reparação que o Requerente sofreu ou se encontra a padecer.

Y) O facto de o Requerente não poder utilizar a aludida fracção apenas para dormir e descansar enquanto perdurar a demanda não apresenta a gravidade e difícil reparação exigidas para o decretamento da providência.

W) O Requerente continua a ter casa para pernoitar, ainda que seja uma casa de familiares.

Z) E nada se provou quanto ao facto de essa situação não poder ser mantida na pendência da acção principal ou de ser difícil mantê-la.

AA) Concomitantemente não se pode afirmar que é mais relevante o direito do Requerente pernoitar no imóvel do que o poder/dever da cabeça-de-casal de administrar o mesmo imóvel para, por esse motivo, submeter este último à demora da demanda principal.

AB) Não está em lide o direito a habitar a casa, mas somente o direito de nela pernoitar enquanto casa própria.

AC) O facto de o imóvel da herança não ser rentabilizado na pendência do processo principal pode acarretar a impossibilidade de dívidas de IMI e condomínio.

AD) Por tais motivos, claudica o requisito do *periculum in mora*, tendo, inexoravelmente, que decair a providência cautelar.

AE) Pelo que a revogação da respeitável decisão, por errónea interpretação e aplicação dos artigos 2079º e 2088º do Código Civil, bem como do artigo 362º do Código de Processo Civil, se impõe como justa.

3. O Recorrido contra-alegou em 07/dez./2020 pugnando no sentido de ser negado provimento ao recurso, confirmando-se a sentença.

4. Admitido o recurso, foi o mesmo remetido a esta Relação onde foi autuado

em 12/jan./2021, procedendo-se a exame preliminar e cumprindo-se os vistos legais.

5. Não existem questões prévias ou incidentais que cumpra conhecer, obstando ao conhecimento do recurso

6. O objeto do recurso incide sobre o reexame da matéria de factos (a) e na existência dos requisitos para se decretar a providência (b).

\*

\*\*

## **II. FUNDAMENTAÇÃO**

### **1. A sentença recorrida: factos e motivação**

“Considero indiciariamente demonstrados os seguintes factos relevantes para a decisão a proferir:

1- O requerente da providência e a requerida são filhos de F... e D....

2- O D... faleceu a 04 de Abril de 2011, não tendo ainda sido realizada a partilha da sua herança.

3- Por compra e venda celebrada em Abril de 1984, F... e D... adquiriram a fracção autónoma designada pela letra “L” correspondente ao 2º andar do prédio sito na rua ..., nº .., ..., Gondomar, descrito na conservatória do registo predial sob o nº 2311/20020626, inscrito na respectiva matriz sob o artigo 9138º.

4- O direito de propriedade sobre o prédio referido em 3- mostra-se inscrito a favor de F... e D... na Conservatória do Registo Predial desde 23 de Abril de 1984.

5- Desde 1984, e até data indeterminada, mas seguramente pelo menos até ao falecimento do D..., o requerente da providência residiu com os seus pais na fracção autónoma referida em 3-.

6- Em Abril de 2020, desde data não concretamente determinada, mas seguramente pelo menos desde uns meses antes, o requerente da providência habitualmente utilizava a fracção autónoma referida em 3- apenas para pernoitar e descansar, aí tendo as suas roupas e demais pertences.

7- A F..., actualmente com 94 anos de idade, desde Fevereiro de 2020 vive em casa da requerida, e foi alvo de procedimento de acompanhamento de maior, que correu termos sob o nº 2655/19.3T8GDM, tendo no âmbito deste a requerida sido nomeada acompanhante da F....

8- A requerida, a 13 de Abril de 2020, procedeu à substituição das fechaduras da entrada do prédio e do apartamento referidos em 3-, o que fez sem o consentimento ou conhecimento do requerente da providência, e sem entregar cópia das chaves a este.

9- A partir de 13 de Abril de 2020 o requerente da providência ficou impedido

de aceder ao apartamento referido em 3- (bem como aos seu pertences que ali se encontravam), desde então pernoitando em casas de outras pessoas, designadamente de familiares.

10- O requerente da providência foi (pelo menos) toxicodependente, actualmente beneficiando do apoio da "G..." .

11- A 13 de Abril de 2020, quando a requerida se deslocou ao apartamento referido em 3-, aí não se encontrava ninguém, o fornecimento de energia eléctrica havia sido cortado, e a requerida não se apercebeu de sinais de utilização da habitação.

12- Há vários anos que a requerida não tem contacto com o requerente da providência.

13- Na sequência do referido em 11-, a requerida solicitou o fornecimento de energia eléctrica ao apartamento, celebrando novo contrato.

14- A herança aberta por óbito D... suporta, como encargos periódicos, o pagamento do IMI e do condomínio relativos à fracção autónoma referida em 3-.

\*\*

\*

#### Factos Não Provados

Não resultou provado, com relevo para a decisão a proferir, que:

a- tenha sido o requerente da providência quem procedeu à aquisição e pagamento da mobília do quarto que ocupava na fracção autónoma referida em 3-, designadamente cama, mesa de cabeceira, roupeiro, cómoda, cadeira e mesa;

b- em Abril de 2020 o requerente da providência fizesse as suas refeições na fracção autónoma referida em 3-;

c- o requerente da providência não resida na fracção autónoma referida em 3- há mais de 10 anos;

d- seja desconhecido o paradeiro do requerente da providência;

e- actualmente, o requerente da providência continue a consumir produtos estupefacientes de forma habitual;

f- o requerente da providência tenha sido forçado pelos seus pais a abandonar a fracção autónoma referida em 3- devido ao consumo de produtos estupefacientes;

g- a herança aberta por óbito de D... não seja titular de qualquer rendimento.

#### Motivação

A decisão sobre a matéria de facto baseou-se nos seguintes elementos.

A inclusão dos pontos 1- a 4-, 7-, 8- e 10- na matéria de facto provada fundou-se no acordo das partes, em conjugação com a simples análise dos documentos que constam de fls 7 a 15, 17 a 23 e 42 a 55.

A inclusão dos pontos 5-, 6- e 9- na matéria de facto provada, bem como dos pontos b-, c-, d- [especificamente quanto a este ponto se dirá ainda que, primeiro, se é certo que do documento que consta de fls 40 (cota elaborada no processo nº 2655/19.3T8GDM) resulta a menção de a aqui testemunha H... ter informado desde Abril desconhecer o paradeiro do seu irmão (o aqui requerente da providência), também aí é feito constar que, igualmente até Abril, o requerente da providência residiria juntamente com a F...; segundo, que essa cota foi elaborada a propósito de notificação para diligência processual que a mesma H... pretendia ver adiada (pelo que surgem nebulosas as verdadeiras intenções subjacentes a tal declaração)] e f- na matéria de facto não provada, fundou-se no depoimento das testemunhas H... (irmã de requerente e requerida, sendo vizinha da fracção autónoma em causa nos autos), I... (sobrinha de requerente e requerida, filha da testemunha H..., que durante anos residiu com esta em habitação vizinha da fracção autónoma em causa nos autos, sendo actualmente visita frequente da casa de sua mãe), J... (sobrinho de requerente e requerida, filho da testemunha H..., que até há pouco tempo residiu permanentemente em casa da sua mãe, actualmente alternando a vivência aí e a partilha da habitação da sua namorada) e K... (até há cerca de 9 anos vizinha da fracção em causa nos autos), que confirmaram que o requerido durante anos residiu com os seus pais na fracção em causa nos autos, os três primeiros esclarecendo embora que, nos meses que antecederam Abril de 2020, o requerente da providência somente utilizasse esse espaço para pernoitar, o que ficou impedido de fazer após a troca das fechaduras promovida pela requerida.

A inclusão dos pontos 11- e 13- na matéria de facto provada fundou-se no depoimento das testemunhas L..., M... e N..., que acompanharam a requerida à fracção em causa nos autos na data em que esta promoveu a troca das fechaduras, em conjugação com a análise dos documentos que constam de fls 56 a 70.

A inclusão do ponto 12- na matéria de facto provada fundou-se no depoimento das testemunhas N... (marido da requerida) e O... (filho da requerida, que confirmaram tal matéria.

A inclusão do ponto 14- na matéria de facto provada fundou-se no depoimento da testemunha N... (marido da requerida), que confirmou tal matéria, entendendo-se que corresponde à absoluta normalidade do acontecer.

A inclusão dos pontos a- e e- na matéria de facto não provada fundou-se na aplicação das regras do ónus da prova, atenta a total inexistência de qualquer meio de prova produzido sobre a questão (sendo certo que, como literalmente resulta do documento que consta de fls 39, o programa de terapêutica combinada de que o aqui requerente beneficia junto da unidade móvel do P...

destina-se a facultar substituição opiácea de baixo limiar de exigência e administração de medicação antirretroviral e antituberculostática - ou seja, por princípio integra quem não já não consome produtos estupefacientes). O decesso do D... ocorreu já em Abril de 2011.

Passados 9 anos, não há notícia que a anterior cabeça-de-casal (a F...) tenha sequer ponderado utilizar o imóvel que agora nos ocupa na angariação de rendimentos para fazer face ao pagamento do IMI e das contribuições ao condomínio.

E, no entanto, não haverá dúvida que essas despesas anuais relativas ao imóvel sempre

existiram, e terão sido pagas.

O que, salvo sempre melhor opinião, levanta fundada e insanável dúvida quanto à invocada inexistência de qualquer rendimento da herança para fazer face aos ditos pagamentos - o que, por aplicação das regras do ónus da prova, fundou a inclusão do ponto g- na matéria de facto não provada.”

\*

## **2. Fundamentos do recurso**

### **a) Reexame da matéria de facto**

O Novo Código de Processo Civil (Lei n.º 41/2013, de 26/jun. - NCPC) estabelece no seu artigo 640.º, n.º 1 que “Quando seja impugnada a decisão sobre a matéria de facto, deve o recorrente obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição: a) Os concretos pontos de facto que considera incorretamente julgados; b) Os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida; c) A decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.”. Acrescenta-se no seu n.º 2 que “No caso previsto na alínea b) do número anterior, observa-se o seguinte: a) Quando os meios probatórios invocados como fundamento do erro na apreciação das provas tenham sido gravados, incumbe ao recorrente, sob pena de imediata rejeição do recurso na respetiva parte, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição dos excertos que considere relevantes; b) Independentemente dos poderes de investigação oficiosa do tribunal, incumbe ao recorrido designar os meios de prova que infirmem as conclusões do recorrente e, se os depoimentos tiverem sido gravados, indicar com exatidão as passagens da gravação em que se funda e proceder, querendo, à transcrição dos excertos que considere importantes”. Nesta conformidade e para se proceder ao reexame da factualidade apurada em julgamento, deve o recorrente: (i) *indicar os factos*

*impugnados; (ii) a prova de que se pretende fazer valer; (iii) identificar o vício do julgamento de facto, o qual se encontra expresso na motivação probatória.* Nesta última vertente assume particular relevância afastar a prova ou o sentido conferido pelo tribunal recorrido, demonstrando que o julgamento dos factos foi errado, devendo o mesmo ser substituído por outros juízos, alicerçados pela prova indicada pelo recorrente.

\*

Tratando-se da impugnação recursiva do julgamento da matéria de facto, haverá que previamente precisar o que se entende por facto e se estão em causa, neste reexame pela Relação, todos os factos alegados ou apenas aqueles que tiverem pertinência para a solução jurídica do conflito em causa, tal como foi suscitado pelas partes. E também se esta impugnação recursiva respeita a vinculação temática deste tribunal de recurso, sob pena de excesso de pronúncia, o qual conduziria à nulidade deste acórdão – cfr. 615.º, n.º 1, alínea d) ex vi artigo 666.º, n.º 1, ambos do NCPC.

Muito embora ao longo do NCPC se faça alusão ao ónus de alegação de factos imposto às partes, com mais consistências naqueles que são essenciais (5.º, 1 NCPC) à causa de pedir, através da petição inicial (552.º, n.º 1, al. d) do NCPC), ou à defesa, mediante a contestação (572.º, al. b) e c) NCPC), o mesmo não nos dá uma noção legal do que é um facto. Mas deste bloco normativo decorre que o legislador se afastou de uma concepção naturalística de facto, optando por uma concepção jurídica, porquanto refere-se aos factos essenciais à causa de pedir.

Na sintética e lapidar expressão do já esquecido Ac. do STJ de 07/nov./1969 (BMJ 191/219), factos são “fenómenos da natureza ou manifestações concretas dos seres vivos”. Mas no que concerne à conduta humana, esta pode revestir-se de actos ou omissões, os quais são aparentes (vertente objetiva), resultando normalmente da consciência e vontade do seu agente (vertente subjetiva). Daí que muitas vezes se afira essa vontade, que é uma das vertentes essenciais do plano interior, a partir da exteriorização dos atos realizados por uma pessoa. Em suma, factos são os acontecimentos ou circunstâncias da realidade, decorrentes tanto da conduta humana, como de ocorrências da natureza ou resultantes de qualquer outra origem (v.g. robótica), como já deixámos referenciado no Ac. do TRP de 10/jan./2019, acessível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), como os demais a que se fizer referência sem indicação da sua origem. No entanto, não basta serem factos, têm de ser jurídicos, ou seja, os mesmo têm que ter relevância no enquadramento da solução jurídica, com base na trilogia que define o âmbito do processo, tanto subjetivo (partes), como objetivo (causa de pedir, pedido). E os factos não são conclusões. Em suma, o reexame dos factos pela Relação, em sede de recurso e no âmbito da jurisdição cível, apenas

incide sobre acontecimentos ou circunstâncias da realidade, decorrentes tanto da conduta humana, como de ocorrências da natureza ou resultantes de qualquer outra origem, que tenham relevância jurídica para a tutela jurisdicional submetida a tribunal, atenta a relação jurídica em causa, tal como decorre dos seus sujeitos, causa de pedir e pedido. Deste modo, não é passível de reexame da matéria de facto quaisquer factos que não digam respeito a tal relação jurídica ou então a partir de matéria conclusiva.

\*

A recorrente pretende que a seguinte matéria seja dada como provada: “g- a herança aberta por óbito de D... não seja titular de qualquer rendimento”.

Muito embora se reconheça que um facto negativo é sempre de difícil descrição, o que está aqui em causa tem acentuado contornos conclusivos, porquanto assenta na menção de que tal herança “não seja titular de qualquer rendimento”.

Para o efeito, invoca a relação de bens da herança (doc. 2 a 4), assim como o depoimento da testemunha N..., marido da requerida, identificando devidamente as passagens em causa [07:11; 07:18; 08:26; 13:28) tendo até o cuidado de transcrever as mesmas. Após audição deste depoimento constatamos que o mesmo apresenta uma versão no sentido de existir a necessidade da casa para pagar as despesas. Mas do mesmo não resulta que, por exemplo, não existam bens móveis cuja venda não proporcione rendimentos. E quanto a estes podemos atentar nas fotografias juntas a fls. 56-58, onde consta o registo de frigorífico, micro-ondas, fogão, placa de fogão. Nesta conformidade e procedendo à eliminação da alínea g) dos factos provados, passará a ser aditado o seguinte item:

15. A herança aberta por óbito de D... apenas tem no seu acervo hereditário como imóvel, o prédio referenciado em 3.

\*

### **b) A existência dos requisitos desta providência cautelar**

O NCPC ao regulamentar as providências cautelares não especificadas, estipula no seu artigo 362.º, n.º 1 que “Sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado”, esclarecendo no seu n.º 2 que “O interesse do requerente pode fundar-se num direito já existente ou em direito emergente de decisão a proferir em ação constitutiva, já proposta ou a propor”. Mais se adianta no n.º 3 que “Não são aplicáveis as providências referidas no n.º 1 quando se pretenda acautelar o risco de lesão especialmente prevenido por alguma das providências tipificadas no capítulo

seguinte” – no n.º 4 refere-se que “Não é admissível, na dependência da mesma causa, a repetição de providência que haja sido julgada injustificada ou tenha caducado”. Mais adiante no artigo 368.º, preceitua-se no n.º 1 que “A providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão”, sendo certo que “A providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar” – no n.º 3 e 4 regulamentação a substituição da providência por caução adequada. Nesta conformidade, encontramos enunciados requisitos específicos, uns de natureza substantiva e outros de natureza adjetiva. Como requisitos substantivos dispomos a probabilidade séria da existência de um direito (i), o fundado receio que ocorra a sua lesão de um modo grave e dificilmente reparável (ii) e que o prejuízo da providência não exceda o dano a evitar (iii). Por sua vez, como requisitos adjetivos surge o carácter subsidiário desta providência cautelar em relação às demais que estão tipificadas (iv), assim como a sua adequação à remoção do *periculum in mora* (v). Vejamos então se estes se verificam.

\*

O Código Civil estabelece no seu artigo 1251.º a noção legal de posse, considerando como tal “o poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real”. Na posse existem dois elementos distintos, ou seja, o **elemento material** (*corpus*), o qual se traduz em actos materiais praticados sobre a coisa, exercendo poderes sobre a mesma, e o **elemento psicológico** (*animus*) revelador da intenção de se comportar como titular do direito real correspondente aos actos praticado. Ultimamente sem sido referenciado que a posse é essencialmente uma “relação social” entre a pessoa e o bem (Ac. STJ 29/jan./2019, Cons. Catarina Serra).

No subsequente artigo 1252.º consagra-se no seu n.º 1 que “A posse tanto pode ser exercida pessoalmente como por intermédio de outrem”, esclarecendo o n.º 2 que “Em caso de dúvida, presume-se a posse naquele que exerce o poder de facto, sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 1257.º”. No entanto e distinta da posse encontramos a detenção, enunciando-se no artigo 1253.º que “São havidos como detentores ou possuidores precários: a) os que exercem o poder de facto sem intenção de agir como beneficiários do direito; b) os que simplesmente se aproveitam da tolerância do titular do direito; c) os representantes ou mandatários do possuidor e, de um modo geral, todos os que possuem em nome de outrem.” Quanto à materialidade da aquisição de posse, no acórdão do STJ de 24/mai./1988 (Cons. Cura Mariano)

sustentou-se que “A posse pode ser adquirida independentemente do estado de facto, tendo apenas, na sua base, uma transmissão sem investidura na situação de facto”. Mas “Quem não detém a posse propriamente dita - e o possuidor em nome alheio não a tem - não adquire a coisa detida sem inversão do título de posse”.

No caso em apreço será igualmente de convocar o disposto no artigo 1255.º do Código Civil, respeitante à sucessão na posse, preceituando-se que “Por morte do possuidor, a posse continua nos seus sucessores desde o momento da morte, independentemente da apreensão material da coisa”. A jurisprudência tem assinalado de modo insistente, de que é exemplo o Ac. STJ de 02/dez./2004 (Cons. Custódio Montes), que “Por morte do possuidor, a posse continua nos seus sucessores, os quais apenas passam a possuir em nome próprio a partir da inversão do título” (1), sendo “Um dos casos típicos de inversão do título da posse é ter havido partilha de facto” (2). Deste modo, na sucessão da posse dos bens do acervo hereditário, não existe uma sucessão individualizada, ou seja, por cada herdeiro, mas antes uma sucessão coletiva, que é da herança.

No caso em apreço e atenta a noção de posse, enquanto poder de facto juridicamente relevante, onde se actua em termos de um direito real, não encontramos nos factos indiciariamente provados qualquer um donde decorra a existência dessa posse por parte de D... e F... O que existe é uma presunção de propriedade a favor dos mesmos, decorrente da inscrição do registo predial a seu favor (4.º factos provados), que tem consagração legal no artigo 7.º do Código de Registo Predial. Mas posse e direito de propriedade são realidades jurídicas distintas que não se devem confundir.

No que concerne ao período que antecede a partilha, a jurisprudência tem-se posicionado, como sucedeu com o Ac. do STJ de 30/jan./2013 (Cons. Álvaro Rodrigues), que “até à partilha, os co-herdeiros de um património comum, adquirido por sucessão *mortis-causa*, não são donos dos bens que integram o acervo hereditário, nem mesmo em regime de compropriedade, pois apenas são titulares de um direito sobre a herança (acervo de direitos e obrigações) que incide sobre uma quota ou fracção da mesma para cada herdeiro, mas sem que se conheça quais os bens concretos que preenchem tal quota”. Mais se acrescentou que “É pela partilha (extrajudicial ou judicial e, neste caso, através do processo de inventário-divisório) que serão adjudicados os bens dessa universalidade que é herança e que preencherão aquelas quotas”. Neste alinhamento, o Ac. TRC de 14/out./2014 (Des. Catarina Gonçalves) sustentou o seguinte: “Presumindo-se que a posse continua em nome de quem a começou (art. 1257º, nº 2, do C.C.) e determinando o art. 1255º do mesmo diploma que, por morte do possuidor, a posse continua nos seus sucessores,

independentemente da apreensão material da coisa, deverá presumir-se que a posse exercida por um sucessor/herdeiro do inicial possuidor, após a morte deste, não é uma posse nova mas mera continuação da posse inicial que, como tal, não é exercida em nome próprio, mas sim em nome da herança aberta por óbito do possuidor inicial, ainda que os demais sucessores não tenham praticado qualquer acto material sobre a coisa”.

Daí que não se possa sustentar a posição seguida na sentença recorrida de que a partir de uma situação de comunhão de direitos (artigo 1404.º Código Civil) – dando um salto da posse para esta última – sustenta que “facilmente se vê que a qualquer co-herdeiro por princípio é lícito usar uma coisa que integra a herança (artigo 1406.º do Código Civil)”. Esta solução, muito embora seja linearmente perceptível, não tem, a nosso ver, o devido fundamento legal, sendo ainda potenciadora de conflitos, bastando para o efeito pensar na hipótese de a Requerida, na qualidade de herdeira, pretender igualmente residir na fração aqui em causa – ou então na hipótese de um dos herdeiros pretender residir na casa de morada de família dos seus pais, simplesmente porque um deles faleceu, quando o mesmo já aí não residia.

A solução tem necessariamente de passar pela qualificação da posição do Requerente enquanto o mesmo aí residiu, seja enquanto os seus pais foram vivos, seja posteriormente, após o falecimento do seu pai. O que extraímos da factualidade indiciária é que o Requerente residiu com os seus pais desde 1984 e até ao falecimento de um deles, o que ocorreu em 04/abr./2011 (2 e 5 factos provados), tendo desde então se mantido nessa residência até abril de 2020, onde pernoitava e descansava, aí tendo as suas roupas e pertences (6 factos provados). Tal fração autónoma encontra-se inscrita a favor dos seus pais, mediante contrato de compra e venda (3.º e 4.º factos provados).

A propósito não se pode falar de um contrato de comodato porquanto não existem elementos do mesmo, atento o disposto no artigo 1129.º do Código Civil – aqui preceitua-se que “Comodato é o contrato gratuito pelo qual uma das partes entrega à outra certa coisa, móvel ou imóvel, para que se sirva dela, com a obrigação de a restituir”. Também não existem rudimentos suficientes para se sustentar que o Requerente aí residia no âmbito de uma prestação de alimentos, em virtude de esta poder ter a modalidade de espécie, para além da modalidade pecuniária, já que de acordo com o artigo 2003.º, n.º 1 “Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário” – o seu modo de prestar está regulado no artigo 2005.º Código Civil. Mas, como já referimos, não existem elementos para se sustentar que os pais do Requerente estavam vinculados a um dever de prestar alimentos a este último.

Resta-nos a mera tolerância. De acordo com o artigo 217.º, n.º 1 do Código

Civil “A declaração negocial pode ser expressa ou tácita: é expressa, quando feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio direto de manifestação da vontade, e tácita, quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”. E de acordo com o artigo 295.º do Código Civil “Aos actos jurídicos que não sejam negócios jurídicos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo precedente”. Deste modo, partindo da noção legal de detentor ou possuidor precário, mais precisamente no citado artigo 1253.º, alínea *b*) do Código Civil, consideramos que os actos de mera tolerância são aqueles praticados com o consentimento expresso ou tácito do titular do direito. A ser assim, isto significa que o Requerente apenas residiu na habitação dos seus pais por mera tolerância destes últimos. E foi nessa qualidade que ainda se mantém.

Tratando-se de uma posse precária, a sua subsistência está dependente da tolerância do titular do direito, que agora é a herança, cabendo a administração dos bens desta ao Cabeça de Casal – segundo o artigo 2079.º “A administração da herança, até à sua liquidação e partilha, pertence ao cabeça-de-casal”. E de acordo com o artigo 2082.º, que regula a incapacidade da pessoa designada na lei como cabeça de casal, mais precisamente o seu n.º 1 “Se o cônjuge, o herdeiro ou o legatário que tiver preferência for incapaz, exercerá as funções de cabeça-de-casal o seu representante legal”, precisando o n.º 2 que “O acompanhante é tido como representante do acompanhado para o efeito do número anterior, quando assim resulte da sentença de acompanhamento ou de decisão judicial ulterior”. Será igualmente de atender ao disposto no artigo 2087.º do Código Civil, consagrando-se no seu n.º 1 que “O cabeça-de-casal administra os bens próprios do falecido e, tendo este sido casado em regime de comunhão, os bens comuns do casal” e precisando-se no seu n.º 2 que “Os bens doados em vida pelo autor da sucessão não se consideram hereditários e continuam a ser administrados pelo donatário”. Assim, agora de acordo com o artigo 2088.º, n.º 1 do Código Civil, “O cabeça-de-casal pode pedir aos herdeiros ou a terceiro a entrega dos bens que deva administrar e que estes tenham em seu poder, e usar contra eles de ações possessórias a fim de ser mantido na posse das coisas sujeitas à sua gestão ou a ela restituído”. O Ac. do STJ de 28/mai./2002 (Cons. Garcia Marques) vai precisamente nesse sentido, ao considerar que “O cabeça-de-casal pode pedir aos herdeiros ou a terceiro a entrega material dos bens que deva administrar e estejam no poder destes desde que essa entrega seja realmente necessária ao exercício da gestão”. Havendo esta possibilidade, o recurso à ação direta prevista no artigo 336.º, n.º 1 do Código Civil só tem lugar quando for “[É] lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, quando a ação direta for indispensável, pela impossibilidade de recorrer em

tempo útil aos meios coercivos normais, para evitar a inutilização prática desse direito, contanto que o agente não exceda o que for necessário para evitar o prejuízo”.

Neste caso, partindo do pressuposto que a Requerida é a Cabeça de Casal da herança aberta por óbito de seu pai e muito embora o Requerente seja possuidor precário da referida fração onde habita, não tem sustentabilidade legal que a primeira, sem qualquer aviso prévio tenha, desde logo, recorrido à ação direta, mudando as fechaduras. Para o efeito, impunha-se que previamente solicitasse a entrega dessa mesma fração e, em caso de recusa, podia e devia ter usado os devidos meios possessórios de restituição.

Perante a probabilidade séria da existência de um direito de posse precária e estando em causa a habitação do Requerente, existe um fundado receio que ocorra a sua lesão de um modo grave e dificilmente reparável. Por outro lado, o prejuízo da providência não excede o dano a evitar, preservando-se o carácter subsidiário desta providência cautelar não especificada, mostrando-se a mesma em concreto, atento a restituição da habitação ao Requerente, adequada à remoção do *periculum in mora*.

Nesta conformidade e muito embora com fundamento distinto, confirma-se a sentença recorrida.

\*

Na improcedência do recurso, as suas custas ficam a cargo da recorrente - cfr. artigo 527.º, n.º 1 e 2 NCPC.

\*

No cumprimento do artigo 663.º, n.º 7 do NCPC, apresenta-se o seguinte sumário:

.....  
.....  
.....

\*

\*\*

### **III. DECISÃO**

Nos termos e fundamentos expostos, nega-se provimento ao recurso interposto por B..., confirmando-se a sentença recorrida, ainda que por fundamentos distintos e sem prejuízo da alteração da matéria de facto.

Custas deste recurso a cargo da recorrente.

Notifique.

Porto, 11 de março de 2021

Joaquim Correia Gomes  
António Paulo Vasconcelos  
Filipe Carço