

A PROPRIEDADE HORIZONTAL NO CÓDIGO CIVIL DE 1966 (*)

por Armindo Ribeiro Mendes

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I — *A propriedade horizontal, um direito real complexo.*

§ 1.º — Aspectos da história do instituto.

§ 2.º — Natureza jurídica da propriedade horizontal.

CAPÍTULO II — *A propriedade horizontal no direito português.*

§ 1.º — O art. 2335 do Código Civil de 1867.

§ 2.º — Regulamentação jurídica do dec.-lei 40 333 de 14-10-1955.

§ 3.º — A propriedade horizontal no Código Civil de 1966 (arts. 1414 a 1438).

INTRODUÇÃO

O novo Código Civil, aprovado pelo dec.-lei 47 344, de 25-11-1966, veio regulamentar no seu livro III com autonomia o Direito das Coisas.

(*) Publica-se agora apenas a 1.ª parte de um trabalho escolar elaborado no ano lectivo de 1967-1968 para o Curso de Direitos Reais, da regência do Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão. Tal trabalho incluía uma 2.ª parte, acerca da figura do direito de superfície, que não pode ser publicada no presente número da *Revista*, por exigências de espaço.

Este trabalho foi galardoado com o Prémio da Ordem dos Advogados para Estudantes de Direito, 1968. O seu autor é, actualmente, assistente eventual na Faculdade de Direito de Lisboa desde Dezembro de 1969.

Embora fosse possível pensar-se que este livro III conteria toda a regulamentação de uma determinada categoria de direitos subjectivos, os direitos reais, categoria pertencente a uma classificação tetrapartida dos direitos subjectivos de carácter cível ⁽¹⁾ — a bem conhecida classificação ou sistematização germânica — uma análise subsequente do novo Código mostramos que o legislador regulou aí somente os direitos reais de gozo, encontrando-se fora deste livro, pelo menos, os direitos reais de garantia, regulados no livro dedicado ao Direito das Obrigações (livro II), no capítulo VI do título I, sob a epígrafe «garantias especiais das obrigações».

Entre os direitos reais de gozo encontramos tratados no livro III sucessivamente a posse, o direito de propriedade, o usufruto, o uso e habitação, a enfiteuse, o direito de superfície e as servidões prediais.

Se cotejarmos este elenco de direitos reais com o contido na parte III do Código de Seabra (em especial nos arts. 2187 e 2189), verificamos que o novo Código Civil, no livro III, disciplina dois direitos reais não tratados na correspondente sede no Código de 1867: a posse e a superfície. Por outro lado, da enumeração de «propriedades imperfeitas» do art. 2189 do velho Código não acolheu a subenfiteuse como figura autónoma ⁽²⁾ (o art. 1522 manda aplicar-lhe as disposições do capítulo V do título que regula a enfiteuse, capítulo que contém disposições transitórias), e estendeu a regulamentação da enfiteuse aos censos, quer consignativos, quer reservativos, celebrados na vigência do anterior Código (o art. 1519 abre, porém, uma excepção quanto aos censos consignativos temporários). O quinhão e o compáscuo, nos termos do n. 2 do art. 1306, são regulados pela lei antiga e proibidos para o futuro.

⁽¹⁾ Classificação que certos autores referiram aos sub-ramos de Direito (objectivo) Civil e outros às relações jurídicas civis — veja-se Prof. Castro Mendes: *Direito civil* (teoria geral), I, ed. da AAFDL, 1967, p. 8 ss.

⁽²⁾ A subenfiteuse, de resto, já tinha sido proibida para o futuro pelo art. 1701 do Código de 1867 (ainda que tal disposição tivesse sido revogada em 1892 e reposta em vigor em 1911).

Se a posse era regulada com minúcia pelo Código de 1867 no livro I da parte II, a propósito da prescrição aquisitiva ou usucapião, já o direito de superfície não era regulamentado como figura genérica nesse diploma. Apenas se previa no art. 2308 um espécie de direito de superfície, o direito de implante ou direito de manter árvores em prédio alheio. Tal qualificação como direito de superfície era defendida por numerosos autores portugueses, mas o Prof. Dias Marques referia-se ao direito de implante «como uma figura jurídica que, embora com função económica muito diversa da anterior [a do direito de superfície introduzido pela lei 2030] apresenta, no entanto, na sua estrutura fundamental, notável semelhança com ela» (3). Estes termos dubitativos revelam uma certa incerteza no que respeita aos contornos da figura do direito de superfície. Por outro lado, a partir de 1948, a lei 2030 introduz no nosso direito a figura do direito de superfície relativo a edifícios construídos em terrenos de pessoas colectivas públicas. Aí se define tal direito como o «direito real que consiste na faculdade de implantar e manter edifício próprio em chão alheio, sem aplicação das regras sobre acessão imobiliária» (art. 21, n. 1). O novo Código Civil vem hoje regulamentar como figura geral o direito de superfície, quer como o direito real de construir ou manter edifício ou obra em chão alheio, quer como o direito real de fazer ou manter plantação em solo de outrem. O desenvolvimento com que a figura é tratada, a subsistência do regime especial da lei 2030 quanto a certos tipos de direito de superfície constituído pelo Estado e entidades públicas ou de utilidade pública, convidam a um exame doutrinal atento da superfície, que ainda não está feito entre nós, mas que será, sem dúvida, realizado em anos próximos se o instituto se difundir no meio social em larga escala.

Como novidade apresenta também o Código vigente o tratamento minucioso da propriedade horizontal de edifícios urbanos no capítulo VI do título de livro do Direito das Coisas. À disposição lacónica do art. 2335 do Código de Seabra cor-

(3) *Direitos reais* (parte geral), I, p. 143.

responderem hoje vinte e cinco artigos que recolhem fundamentalmente as disposições disciplinadoras da propriedade horizontal ou por andares que o dec.-lei 40 333 tinha introduzido em 1955.

Propomo-nos examinar, dentro dos limites das nossas possibilidades, os institutos da propriedade horizontal e da superfície (*) já existentes na ordem jurídica portuguesa antes de 1966, mas tornados agora figuras gerais, reguladas no próprio Código Civil e não em legislação extravagante.

Além de constituírem novidade, enquanto figuras tratadas na sistematização do Código Civil pela primeira vez em 1966, ambos os institutos mantêm uma certa afinidade entre si: ainda hoje se pode aceitar como fundamentalmente certa a afirmação de que, ao lado do instituto da propriedade horizontal, a superfície «constitui com aquele uma tentativa concorrente para suavizar o problema habitacional» (*), e isto não obstante tal afirmação ser muito mais incisiva quanto às especialidades da regulamentação jurídica da superfície na lei 2030 do que relativamente à generalidade da figura no Código Civil em que, como é evidente, a manutenção de árvores em solo alheio nada tem a ver com o problema habitacional.

Ainda assim, pensamos que haverá interesse em analisar conjuntamente a evolução legislativa da propriedade horizontal e do direito de superfície desde 1948 e 1955 até 1966, mesmo sacrificando a unidade do trabalho que resultaria da consideração de uma só das figuras em questão. Acresce ainda a estas razões, o facto de não ter sido possível examinar a figura da propriedade horizontal de per si na parte especial do Curso de Direitos Reais, no presente ano lectivo.

(*) V. a nota inicial sobre a estrutura primitiva deste trabalho.

(*) Dr. Armando Guerra: *Da Propriedade horizontal e da Propriedade superficial*, 2.ª ed. 1964, p. 5.

CAPÍTULO I

A PROPRIEDADE HORIZONTAL, UM DIREITO REAL COMPLEXO

§ 1.º

ASPECTOS DA HISTÓRIA DO INSTITUTO

1. *Introdução*

Independentemente da sua qualificação jurídica, que procuraremos analisar posteriormente, parece-nos indispensável dar uma primeira descrição do que se entende por propriedade horizontal ou propriedade de um edifício por andares.

O direito de propriedade, considerado geralmente o direito real máximo ou prototípico, recai, segundo a opinião unânime da doutrina contemporânea, indubitavelmente sobre coisas, mesmo que, historicamente, possa ter recaído sobre outras realidades, por exemplo as pessoas, tal como acontecia nos sistemas jurídicos que através dos tempos têm admitido a escravidão. Não nos interessa aqui examinar a posição de autores, que, como Leonhard, admitem a propriedade de direitos de crédito, ou de aqueles que concebem a propriedade sobre bens imateriais, mesmo afirmando ou negando que os bens imateriais sejam coisas. Interessa-nos, sim, ver se é possível falar-se da propriedade, ou de outro direito real, inerente a uma parte de certa coisa, como seja o andar de um edifício urbano. Devemos, porém, observar que é possível afirmar-se que o andar é em si uma coisa e que o prédio urbano composto de vários andares, é uma coisa composta. Mas, como veremos adiante, esta explicação não parece satisfatória e, por agora, podemos perfeita-

mente admitir a existência de direitos reais autónomos inerentes a partes de uma mesma coisa, desde que a lei considere essas partes ou fracções como objecto idóneo de direitos reais. Uma tal observação levar-nos-á a negar, evidentemente, o dogma da necessária referência do direito real à totalidade da coisa (5).

Ora numa situação de propriedade horizontal, podemos observar que fracções distintas, dotadas de certa autonomia, de um edifício urbano são afectadas à utilização de pessoas jurídicas, individualmente consideradas, que o nosso Código Civil designa no seu art. 1414 por proprietários (6).

Fenómeno essencialmente urbano, a propriedade horizontal tem visto crescer a sua importância no nosso século, acompanhando a concentração demográfica nas cidades industriais.

Num edifício submetido ao regime de propriedade horizontal, os proprietários de determinadas fracções ou parcelas autónomas — os andares ou apartamentos — além de utilizarem com exclusividade essas parcelas objecto de um direito real, a propriedade para a nossa lei, têm o poder jurídico de utilizar certas partes comuns do edifício, como a porta de entrada, as escadas, os ascensores ou o terraço.

As razões por que numerosas pessoas, agrupadas em famílias distintas, compartilham entre si um prédio urbano, tomando para habitação um andar ou uma parcela autónoma de um andar, o apartamento, são fundamentalmente de ordem urbanística e económica.

Por um lado, nos países industrializados e nos que hoje se designam por países em via de desenvolvimento, temos assistido a uma libertação crescente da população activa do sector primário da agricultura para os chamados sectores secundário e terciário das economias nacionais. Como consequência desta deslocação, famílias inteiras deixam as povoações rurais em que

(5) Veja-se Prof. Oliveira Ascensão: *Lições de direitos reais*, 1966/67, ed. da AAFDL, 113 a 117.

(6) Diz o art. 1414 do novo Código, sob a epígrafe «princípio geral»: «As fracções de que um edifício se compõe, em condições de constituírem unidades independentes, podem pertencer a proprietários diversos em regime de propriedade horizontal».

tenham nascido e concentram-se em centros urbanos onde se encontram as unidades industriais e os serviços de administração que requerem os serviços e a mão de obra que aqueles se acham aptos a fornecer. A população concentrada na urbe tem de se instalar o mais próximo possível dos seus empregos — daí que necessidades de concentração levem as cidades a crescer em altura, sobrepondo-se as habitações em edifícios de vários andares, único modo de evitar que as cidades se estendam em áreas vastíssimas, onde se torne impossível o funcionamento económico de transportes urbanos.

Por outro lado, a escassez do solo em que se possa implantar um edifício, muitas vezes agravada pela existência de relevos geográficos que comprimem a cidade contra um rio ou o mar (casos de Nova York e Rio de Janeiro), e a procura intensa por parte dos construtores apoiados em largos capitais reunidos por sociedades de investimento imobiliário, elevam o preço do metro quadrado de terreno a montantes verdadeiramente exorbitantes. Impõe-se então aproveitar o terreno disponível e, recorrendo a novas técnicas de construção imobiliária e a novos materiais de grande resistência, construir cada vez mais alto, expandir os prédios no sentido vertical, quase «arranhando» o céu.

É neste pano de fundo que se desenvolve a propriedade horizontal. Nada mais verdadeiro, por isso, do que a afirmação de Cunha Gonçalves de que este instituto tem estado ligado à «aspiração tentacular cidadina e êxodo rural».

Ainda que tenhamos de recorrer a factores extra-jurídicos, de carácter social ou económico, para melhor compreender a sua natureza, deve dizer-se que procuramos primacialmente analisar a natureza jurídica e a regulamentação legal da propriedade horizontal. Antes de o fazermos, percorreremos a sua evolução histórica até ao estado actual atingido.

2. *Evolução histórica na Antiguidade*

Se é certo que o instituto da propriedade horizontal tem uma importância fundamental nas sociedades contemporâneas, importância que explica a atenção da doutrina jurídica em

numerosos países e a produção legislativa abundante que adiante referiremos, não é menos exacto que são conhecidas formas muito antigas deste instituto, que lhe atribuem fortes tradições em certas regiões, onde recuam às primeiras manifestações de carácter urbano.

Como adverte Batlle Vazquez, na monografia que dedica a este assunto, «a propriedade de uma casa, dividida de tal maneira que os seus diferentes pisos pertençam a diferentes proprietários é um facto muito antigo, embora haja de reconhecer-se que as manifestações que de tal instituição se encontram na Antiguidade têm carácter excepcional» (7).

Investigações históricas de Cuq revelaram que cerca de 2000 anos antes de Cristo se realizavam na Babilónia vendas de fracções divididas de casas, existindo mesmo uma acta do tempo de Immeroum, rei de Sippar «que relata a venda do rés-do-chão de uma casa, enquanto que o andar superior continuava a pertencer ao vendedor» (8).

Nos direitos grego e greco-egípcio há também notícia de divisão de partes de edificios entre os diversos titulares, numa figura semelhante à *communio pro diviso* do direito romano. Com efeito numerosos textos dos papiros referem-se, como demonstrou Pappulias, a casos de comunhão *pro diviso* em solo edificado ou não edificado (9).

A escassez de documentação não permite ir muito mais além. Mas parece muito provável que outros povos do antigo Oriente tivessem nas suas cidades formas de propriedade horizontal, e quanto à Síria tal probabilidade parece ser corroborada pela existência de referências ao instituto em obras jurídicas sírio-romanas, bastante posteriores. A configuração geográfica das cidades sírias, apertadas entre o Mediterrâneo e elevações paralelas à costa, não teria sido alheia ao desenvolvimento da propriedade por andares.

Tem sido muito discutido o problema da existência de uma

(7) *La Propiedad de casas por pisos*, 1964, p. 17

(8) Batlle Vázquez: *ob. cit.*, p. 17.

(9) Pontes de Miranda: *Tratado de direito privado* (parte especial), XII, § 1308, p. 150.

propriedade horizontal em Roma. Porém todos os autores concordam num ponto: a ter existido o instituto na prática, a sua regulamentação jurídica, todavia, não foi significativa pois que nas obras jurídicas clássicas e post-clássicas se não encontram quase referências, e as raras que são apontadas não têm em regra sentido unívoco. Caio Pereira, jurista brasileiro que se ocupou deste instituto, vai mesmo ao ponto de explicar as dificuldades doutrinárias da sua construção jurídica em nossos dias pela falta de uma elaboração segura da propriedade horizontal em Roma, já que a teorização dos direitos reais se faz ainda hoje largamente com base na dogmática romana ⁽¹⁰⁾.

As investigações do romanista Niebuhr sobre a *Lex Icilia* autorizam a admissão da possibilidade de terem os plebeus dividido, talvez por andares, as casas que tinham construído no Monte Avantino, quando das lutas de classe travadas no séc. V antes de Cristo. Mas tal possibilidade, além de pouco significativa, tem interesse reduzido já que o texto de Dionísio em que se apoiava parece não permitir tirar dele quaisquer conclusões seguras. Muitos são os autores que vêem aí uma situação de superfície, um mero *jus superficiei*.

No Digesto, encontram-se três fragmentos que permitiriam afirmar o conhecimento dos juristas romanos das especialidades jurídicas da propriedade por andares ⁽¹¹⁾. Estes fragmentos foram minuciosamente estudados por Batlle Vázquez. Os fragmentos de Papiniano e Ulpiano parecem na verdade aludir a uma situação de facto semelhante à que ocorre na propriedade horizontal. No fragmento de Papiniano fala-se da indivisão de duas casas com um telhado comum (D.8.2.36: «*Binas quis aedes habeat una contignatione tectas utrasque diversis legavit...*»). Em D.42.17.3.7 Ulpiano parece contemplar hipótese semelhante, ao falar num andar (*coenaculum*) construído sobre uma casa («*sed si supra aedes, quas possideo, coenaculum sit*

⁽¹⁰⁾ *Propriedade horizontal*, 1.ª ed. 1961, pp. 35 e 44. V. Prof. Raúl Ventura: *História do direito romano*, II: *Direito das coisas*, ed. AAFDL, 1967-1968, pp. 105 a 121.

⁽¹¹⁾ Papiniano, D.8.2.36, Ulpiano, D.8.4.6.1 e D.42.17.3.7.

in quo alius quasi dominus moretur interdicto uti possidetis me uti posse, Labeo ait, non cum qui in coenaculum moretur...»).

Outros fragmentos referem-se às «*insulae*», construções sobre telhados alheios de prédios denominados *cryptae*. É difícil dizer, porém, se os juristas romanos concebiam tais realidades como formas de propriedade distinta sobre cada um dos andares ou como formas de superfície. Autores como Frederic Denis, Caio Pereira e Cunha Gonçalves entendem nunca ter podido haver aí propriedade horizontal, por ser contraditória a sua existência com o valor absoluto da *accessio* romana. Cunha Gonçalves defende a tese de que haveria meras «*servitutes oneris ferendi* do proprietário da casa térrea (*crypta*) e do respectivo solo, em virtude do princípio *aedificium solo caedit jus soli sequitur*» (12).

Numa posição oposta, sustentam ter havido uma forma *sui generis* de titularidade real de andares de um edifício em Roma, entre outros, Pontes de Miranda e Batlle Vázquez. O ilustre tratadista brasileiro constrói a propriedade horizontal, ou o condomínio nos edifícios, como uma verdadeira *communio pro diviso* e, pela análise de certos fragmentos do Digesto entende que era admissível a comunhão *pro diviso* de edifícios (13). O jurista espanhol, por seu turno, do confronto entre os fragmentos citados de Papiniano e Ulpiano, e da análise minuciosa da hipótese referida em D.42.17.3.7 conclui ter existido um instituto da propriedade horizontal, cuja natureza jurídica se não confunde com a servidão ou a superfície. Segundo este autor, obras posteriores ao Digesto, como o Livro Sírio-Romano, e mesmo anteriores, como o manuscrito grego de Juliano Escalonita, apontam a mesma solução. Todavia se o texto do D.42.17.3.7 «patenteia a instituição, não quer dizer que seja muito frequente» (14). E mais à frente admite que, sobre o problema concreto versado por Ulpiano neste

(12) *Da Propriedade horizontal ou por andares*, Lisboa, 1956, p. 9

(13) *Tratado cit.*, XII, pp. 151 e ainda 24, 144 e 146, 165 a 168. O fragmento mais importante sobre *communio pro diviso* é, segundo este autor, o D.6.1.8, *de rei vindicatione* («*si certis regionibus possideatis eum fundum...*»).

(14) B. Vázquez: *ob. cit.*, p. 21.

fragmento, a sua afirmação dubitativa relativamente à posição *quasi dominus* ou superficiário, permite-nos formular a conclusão de que «a questão não poder dizer-se resolvida no direito romano clássico» (15) (16).

3. O período intermédio

Há notícia da existência de propriedade separada de andares em certos burgos durante os últimos séculos da Idade Média e nos séc. XVI, XVII e XVIII. A fisionomia da cidade medieval, apertada entre as muralhas, com um espaço de construção muito limitado, explica bem a necessidade desta divisão horizontal.

Grenoble tem regulamentação deste instituto desde 1561. Bruxelas apresenta uma regulamentação escrita nos meados do séc. XVII. É através dos costumes reduzidos a escrito de numerosas cidades francesas e flamengas, como Auxerre, Berry, Bretagne, Paris, Clermont-Ferrand, Orléans e Anvers, que se pode avaliar a difusão da propriedade por andares. Justamente célebre nesta matéria é o art. 215 do costume de Orleans que foi estudado pelo grande jurista Pothier e veio deste modo, através da cuidada análise feita, a influir na redacção do art. 664 do Código Civil francês.

Em 1720, um incêndio de grandes proporções destruiu na cidade francesa de Rennes perto de um milhar de edifícios. A reconstrução da cidade, planeada em termos de maior luxo, impôs aos proprietários vítimas do incêndio maiores despesas, pelo que adoptaram voluntariamente o regime da propriedade por andares, evitando assim o pagamento de um edifício inteiro.

Na península itálica, não foi desconhecido o regime da propriedade horizontal. O estatuto da cidade de Milão regula pormenorizadamente a situação de «*eo qui habet inferiorem partem domus et eo qui habet superiorem*».

(15) *Ob. cit.*, p. 48.

(16) B. Vázquez refere que o romanista Brunz concluía da referência a *dominus* no Digesto e dos textos siriaco e de Juliano, que se tratava «de uma propriedade dividida com partes possuídas em comuns» (*ob. cit.*, p. 22).

Tanto o costume de Orleans como o estatuto de Milão encaram a regulamentação do instituto com a preocupação de resolver prováveis conflitos entre os condóminos, disciplinando especialmente a repartição das despesas da conservação e das obrigações de fazer obras nas partes comuns. O art. 215 do costume de Orleans dispõe: «se uma casa está dividida de tal maneira que um tem o baixo e outro o alto, o que tem o baixo está obrigado a sustentar e a conservar o edificado por baixo do 1.º andar [...]; e o que tem o alto está obrigado a sustentar e conservar o telhado e o edificado debaixo dele até ao dito 1.º andar [...]» (17). O estatuto de Milão impõe que os condóminos «*partes ipsae communiter teneantur ad faciendum et factum manutenendum et reparandum*». É este aspecto restrito do instituto que é recolhido no Código de Napoleão, onde se prevê o modo como se hão-de repartir os custos das reparações e reconstruções: «se os títulos da propriedade não regulam o modo de reparações e construções, devem ser feitas como se segue [...]».

4. O instituto em Portugal, antes do Código Civil de 1867

Também em Portugal parece ter certas tradições uma forma de contitularidade relativa aos andares de um mesmo prédio urbano. O relatório do dec.-lei 40 333, diploma que em 1955 regulamentou a propriedade horizontal entre nós, aponta como antepassados históricos deste instituto os prédios divididos existentes nas nossas cidades antes do séc. XVII e que inspiraram a doutrina do parágrafo 34 do título LXVIII do livro I das Ordenações Filipinas. Dispõe este parágrafo: «se uma casa for de dois senhores, de maneira que de um deles seja o sótão e de outro o sobrado, não poderá aquele cujo for o sobrado fazer janela sobre o portal daquele cujo for o sótão, ou lógea, nem outro edificio algum».

Confrontando este texto com o do estatuto e o do costume, de Milão e Orleans respectivamente, ressalta logo que nas Ordenações Filipinas, ao invés de se regular o modo de repartição

(17) Transcrito em B. Vázquez: *ob. cit.*, p. 23.

das despesas de conservação e obrigações de manutenção do edifício, é imposta uma limitação ao direito do proprietário do sobrado, proibindo-lhe a abertura de janela sobre o portal do andar térreo (sótão ou lógea) ou a construção de qualquer edifício.

Pode duvidar-se se é significativo o facto de as Ordenações não regularem a repartição das despesas e as obrigações de reconstrução, como o faria mais tarde o art. 2335 do Código de Seabra, seguindo o modelo francês. Ao referir apenas uma limitação ao direito do proprietário do andar superior, poderia pensar-se que não era muito frequente o instituto entre nós, pois de outro modo seria natural que as Ordenações contemplassem o problema da repartição das despesas, fonte não rara de litígios. Por outro lado, poderá duvidar-se deste raciocínio, se se pensar que as longas tradições do instituto nas nossas cidades explicariam o silêncio das Ordenações, por existirem regras sobre a partilha das despesas. Entramos, porém, no campo da pura conjectura e parece não ser possível, com os elementos de que se dispõe, ir mais além.

Em Espanha parece não ter tido importância a propriedade horizontal antes do séc. XIX. Batlle Vázquez ao estudar o assunto considera que só a partir do século XVIII aparecem casos, bastante raros, de propriedade separada de andares, sendo necessário esperar por 1831 para encontrar no *Dicionário de Escriche*, uma regulamentação doutrinal relativamente perfeita a qual, porém, foi ignorada pelo Código Civil.

No Brasil, onde as Ordenações do Reino vigoraram até à entrada em vigor do Código Civil brasileiro, promulgado em 1916, o parágrafo 34 do título LXVIII do livro das Ordenações, era interpretado pelos juristas brasileiros no sentido de revelar a genérica admissibilidade da propriedade horizontal. Esta situação não se manteve com o Código Civil pois que, como refere Pontes de Miranda, «os juristas entenderam que havia cessado a permissão», dado o silêncio do novo diploma.

Foi necessária legislação extravagante para se modificar tal opinião doutrinal ⁽¹⁸⁾.

5. *A propriedade horizontal e a codificação*

O movimento da codificação vai triunfando na Europa continental, acompanhando o triunfo das revoluções liberais que se seguiram à Revolução Francesa. Surgem-nos os Códigos Civis que pretendem regular de modo unitário e científico as relações jurídico-civis através de uma sistematização lógica que permita a máxima segurança dos cidadãos, de ora avante dispondo dum corpo de lei que revela a própria razão humana.

Relativamente ao ponto restrito que ora nos interessa, a propriedade horizontal de edifícios urbanos, surgem-nos fundamentalmente três posições: a dos Códigos que a admitem, a dos Códigos que a proíbem, e a dos Códigos que nada dizem sobre o instituto, ignorando-o por conseguinte.

A) Começemos pelos Códigos que admitem a propriedade separada por andares.

Se exceptuarmos o Código da Prússia de 1794, podemos dizer que o primeiro Código da Europa foi o francês, promulgado em 1804, o qual influenciou os numerosos códigos publicados antes de 1896, data da promulgação do Código Civil alemão.

O Código Civil francês ocupa-se do instituto num breve artigo, o 664, admitindo-o genêricamente e regulando o modo de reparações e construções «quando os diferentes andares duma casa pertencem a diversos proprietários».

A fonte deste artigo foi, como se disse já, o art. 215 do costume de Orleans, estudado por Pothier.

Este artigo prevê três hipóteses de repartição das despesas:

«As paredes mestras e o telhado (toit) estão a cargo de todos os proprietários, cada um na proporção do valor do andar que lhe pertence.

«O proprietário de cada andar faz o soalho sobre que anda».

(18) *Tratado cit.*, XII, § 1310, p. 151.

«O proprietário do primeiro andar faz a escada que aí conduz, o proprietário do segundo andar faz, a partir do primeiro, a escada que conduz a sua casa (chez lui), e assim sucessivamente».

É curioso notar que o art. 664, que é supletivo, pois admite que os títulos de propriedade regulem de modo diverso a reparação dos encargos de conservação, está integrado no título IV do livro II, que trata dos bens e das diferentes modificações da propriedade. Neste título IV é regulada a matéria de servidões ou serviços prediais, e no capítulo II, epígrafado «das servidões estabelecidas por lei», encontra-se o art. 664 entre numerosos outros que regulam os fossos e paredes meias. A inclusão deste artigo no título IV influenciou a doutrina francesa na construção do instituto, em que via uma pluralidade de propriedades oneradas por servidões recíprocas.

De acordo com a doutrina francesa e seguindo o modelo napoleónico, o Código Civil italiano de 1865 insere um artigo, decalcado sobre o 664, onde regulava expressamente as relações entre os vários proprietários dos diferentes andares no que respeita à repartição de despesas, se «i titoli di proprietà non provvedano cerca la riparazioni e ricostruzione»⁽¹⁹⁾.

Também o nosso Código Civil de 1867, entre outros, prevê na secção IV («Dos muros e paredes meias») do capítulo II do título VI da parte III, como restrições impostas à propriedade em defesa da propriedade alheia, uma situação em que os vários andares de uma casa pertencem a diferentes proprietários, dispondo-se aí, tal como nos Códigos francês e italiano, «o modo de reparação e conserto», se «não se achar regulado nos seus respectivos títulos».

B) Posição oposta é a tomada pelos Códigos que proíbem a propriedade singular sobre andares de um mesmo prédio.

Assim, o primeiro Código que proíbe a propriedade horizontal é o Código argentino de 29-9-1869. Diz o seu art. 2617: «o proprietário de edifícios não pode dividi-los horizontalmente,

(19) Transcrito em Lodovico Barassi: *Proprietà e Comproprietà*, p. 152.

entre vários donos, nem por contrato nem por acto de última vontade».

O Código Civil alemão de 1896 (B.G.B.) toma posição semelhante no seu § 1014, integrado no capítulo em que trata do direito de superfície (*Erbbaurecht*). Aí se diz: «a restrição (*Beschränkung*) do direito de propriedade a uma parte de um edifício, particularmente a um só andar, é inadmissível». E numa disposição transitória da Lei de Introdução estabelece-se que a propriedade do andar, existente no momento de entrada em vigor do Código Civil, continua a existir, determinando-se a relação jurídica dos participantes segundo as leis anteriores.

Acolhendo a orientação do Código germânico, o Código Civil suíço de 1908, no seu art. 675 estabelece que «os diversos andares de uma casa não podem ser objecto de um direito de superfície». E no art. 45 do título final do Código Civil figura entre os direitos reais abolidos a propriedade separada de andares de um mesmo edifício ⁽²⁰⁾.

As razões de política legislativa que explicam esta orientação proibitiva eram diversas no caso da Argentina e no da Alemanha e Suíça.

Um comentador do Código argentino, Machado, justifica a proibição por razões de ordem social e económica. Por um lado, seria contrário à paz social o regime de propriedade horizontal, dada a frequência de conflitos entre os diversos proprietários condóminos das partes comuns e, por outro, a permissão deste tipo de propriedade paralisaria a circulação imobiliária, prejudicaria o tráfico jurídico e económico, e contribuiria para dar um ar de antiguidade às cidades, visto a inevitável falta de reparações nos edifícios parcelados ⁽²¹⁾.

Na Alemanha e na Suíça a proibição teve antes a justificá-la uma razão de técnica jurídica. Não só a longa tradição da propriedade por andares, em numerosas cidades germânicas e em diversos cantões suíços, mas também um profundo estudo de Kuntze, defensor do instituto, publicado pouco tempo antes da

⁽²⁰⁾ Calo Pereira: *ob. cit.*, p. 39.

⁽²¹⁾ A posição de Machado é referida em B. Vásquez: *ob. cit.*, p. 27.

promulgação do Código Civil alemão, apontavam no sentido da admissão legal da propriedade por andares e da sua cuidada regulamentação. Considerou, porém, o legislador alemão que a recepção deste instituto seria contraproducente do ponto de vista da técnica do registo predial. Com efeito, vigorando um sistema registral de «entabulação» em que o registo é absolutamente real, centrado no prédio, existindo nos livros respectivos uma folha para cada prédio ⁽²²⁾, achou-se preferível não atacar a unidade predial descrita nos livros de registo, e aos riscos técnicos que envolvia o parcelamento substituiu-se a segurança pela proibição do instituto. Conseguia-se assim a sobrevivência intocada da descrição predial, tanto mais que no direito de superfície (*Erbbaurecht*) o edifício vem considerado no Código Civil como parte integrante e essencial daquele direito, não sendo concebível até 1919 a existência da propriedade separada sem a correspondente titularidade do *Erbbaurecht* que, por si, envolve uma inscrição predial como direito real menor ⁽²³⁾.

C) Finalmente pode referir-se uma terceira posição: a dos Códigos que ignoram totalmente as especialidades da propriedade horizontal e não previram em qualquer disposição o instituto, limitando-se a regular genericamente os direitos de propriedade e de compropriedade vulgar.

É, entre outros, a posição dos Códigos Civis espanhol de 1881 e brasileiro de 1916 ⁽²⁴⁾.

6. *Evolução da legislação sobre propriedade horizontal no nosso século*

A partir de 1924 — ano em que a Bélgica pela lei de 8 de Julho acrescenta ao Código Civil de Napoleão (vigente na Bélgica desde 1807) o art. 577-bis, no qual é cuidadosamente

⁽²²⁾ Dr. Carlos Ferreira de Almeida: *Publicidade e teoria dos registos*, p. 132.

⁽²³⁾ M. Wolff: *Derecho de cosas*, II, p. 3.

⁽²⁴⁾ Cfr. B. Vázquez: *ob. cit.*, pp. 43 e ss., e Pontes de Miranda: *Tratado cit.*, XII, p. 152.

regulado nos §§ 9 e seguintes a indivisão dos bens «que são affectados a título de acessórios ao uso cômum de dois ou mais andares distintos que pertencem a diferentes proprietários», substituindo útilmente o incompleto art. 664 daquelle diploma (25) — é publicada numerosa legislação extravagante na Europa e na América Latina que regula «ex professo» o instituto da propriedade horizontal ou por andares.

A demolição de habitações provocada em numerosas cidades da Europa pelas operações militares durante a 1.ª Guerra Mundial, o êxodo para os centros urbanos de milhares de pessoas que iam ocupar os empregos postos à disposição pelo industrialismo crescente, a carestia dos materiais de construção e de terreno, as desvalorizações das moedas acompanhadas de quebras de investimento imobiliário, a crise económica que affligiu os países beligerantes contribuíram para gerar uma crise habitacional bastante grave que está na origem de numerosa legislação de carácter temporário sobre o inquilinato a qual, na maioria dos casos, constrói a posição do inquilino em termos de favor, proibindo aumento de rendas, ameaçando perpetuar o contrato, sacrificando consequentemente o senhorio, despojado da liberdade contratual e da possibilidade de fazer cessar o arrendamento no fim dos períodos convencionados.

Esta legislação de arrendamento, que se tem mantido durante o nosso século, provoca uma desvalorização apreciável dos imóveis urbanos que desencoraja os construtores e os potenciais senhorios — assim em Paris, um prédio arrendado tem cerca de 50 % do valor de um prédio idêntico mas não arrendado — conforme revelam os estudos de Edith Kischeinewsky-Broquine (26).

Ora um dos meios espontâneos por que se procurou obviar aos inconvenientes aludidos, foi a venda fraccionada de andares em edificios de grande altura, que dão hoje uma fisionomia particular à «avenidas novas», estilo Nova-York, das cidades

(25) O texto do art. 577-bis é transcrito por P. Poirier em *Le propriétaire d'appartement (Traité théorique et pratique)*, pp. 306-307.

(26) Referido por Calo Pereira: *ob. cit.*, p. 34.

européias e sul-americanas contemporâneas. Como expressivamente escreve Caio Pereira, comentando o vigor que o nosso século deu à propriedade horizontal, «projectou para o alto as edificações, imaginou acumular as residências e aposentos uns sobre os outros, criou o arranha-céu, fez as cidades em sentido vertical e, numa espécie de ironia do paradoxo, apelidou-a propriedade horizontal» (27).

Vejamos como foi acolhida a propriedade horizontal nas modernas legislações, em especial qual a natureza jurídica por estas consagrada.

A) Uma primeira orientação é a de construção do instituto da propriedade horizontal baseada na ideia de sociedade. Foi a orientação acolhida em Inglaterra desde 1874, com o «Building Societies Act», embora seja admitida igualmente a ocupação separada de andares por particulares sem que exista uma sociedade construtora.

Também nos Estados Unidos o instituto da propriedade por andares teve especial difusão, através das sociedades cooperativas de divisão inter-social da propriedade. Como informam Meyerson, Terrett e Wheaton, a sociedade cooperativa pode tomar várias formas: «pode ser usada para construir novas zonas habitacionais (*housing developments*) ou pode ser usada como instrumento de propriedade perpétua (*a device for perpetual ownership*)». No primeiro caso a cooperativa não tem qualquer reflexo no instituto, pois que se dissolve no momento em que as novas casas são construídas e «as unidades resultantes são vendidas aos membros individuais da cooperativa de construção». No segundo caso, surge-nos a construção anglo-saxónica da sociedade proprietária dos edificios parcelados: «uma cooperativa proprietária (*a ownership cooperative*) é bastante diferente, contudo, na medida em que, após a construção estar terminada, as unidades individualizadas ficam geralmente na propriedade conjunta da sociedade cooperativa. Por vezes a cooperativa retém o título pleno de propriedade e os detentores (*owners*) têm um arrendamento vitalício ou por tempo inde-

(27) *Ob. cit.*, p. 35.

finido. Ou então a titularidade pode ser de base individual, sendo a propriedade administrada em conjunto pela sociedade cooperativa» (28).

Esta construção anglo-saxónica típica, embora existam também na Inglaterra e nos Estados Unidos regimes de propriedade horizontal de tipo continental, implica a subsistência de uma pessoa colectiva, que é titular da propriedade do imóvel e dos diversos andares, e uma relação de arrendamento por tempo indefinido, ou por prazos longos, em geral de 99 anos (*proprietary lease*) em que o arrendatário é o titular de facto da propriedade do andar, pagando por vezes uma renda simbólica ou uma prestação para a manutenção das partes comuns. Outras vezes o arrendamento identifica-se com uma aquisição a longo prazo.

Pode dizer-se que esta construção de propriedade horizontal com recurso à ideia de sociedade (*building society*, em Inglaterra; *cooperativa*, nos Estados Unidos) não foi acolhida nos sistemas jurídicos continentais, embora a construção através de sociedades cooperativas, utilizando o regime muito diferente de propriedade resolúvel, com grande voga nos países escandinavos, não seja desconhecido entre nós.

B) Uma segunda orientação é acolhida pelas legislações dos países latinos. A propriedade horizontal é concebida primordialmente como uma propriedade singular sobre as unidades ou fracções autónomas do edifício (andares, apartamentos), havendo uma compropriedade, de carácter acessório, sobre as partes comuns (29).

É a orientação da lei francesa de 1938, em cujo art. 5 se estabelece que na falta de título em contrário, tudo o que não é afectado ao uso exclusivo de um apartamento, se presume comum.

Igual orientação tomam as leis espanholas de 26-10-1939 e de 21-7-1960 que influenciaram profundamente a legislação dos países sul-americanos de língua espanhola (legislações

(28) *Housing, people and cities*, New York, 1962, pp. 214-215.

(29) V. Prof. Dr. Oliveira Ascensão: *As Relações jurídicas reais*, p. 136.

uruguaia de 1946, argentina de 1948, colombiana de 1948, cubana de 1952, etc.). Nos termos do art. 3 da Lei de Propriedade Horizontal espanhola de 1960 «corresponde ao dono de cada andar ou habitação (*local*):

a) O direito singular e exclusivo de propriedade sobre um espaço suficientemente delimitado e susceptível de aproveitamento independente (...).

b) A compropriedade, com os demais donos dos andares ou habitações, dos restantes elementos, pertença e serviços comuns»⁽²⁰⁾.

Também a lei italiana de 15-1-1934 e, hoje, o Código Civil de 1942 aceitam fundamentalmente a construção da propriedade horizontal como propriedade exclusiva de um andar e propriedade comum de certas partes não afectadas a um uso exclusivo por um dos condóminos. Embora a lei designe a propriedade por andares como «condomínio nos edifícios» não parece tènicamente apropriada, como nota Messineo, tal designação, já que a realidade principal é o direito do condómino sobre a sua fracção, embora tenha de admitir-se que este direito de propriedade exclusiva «sofre alguns reflexos das relações que nascem da verdadeira compropriedade, dada a indivisibilidade material entre as coisas de propriedade exclusiva e as coisas comuns»⁽²¹⁾.

Finalmente, a construção do instituto na ordem jurídica portuguesa integra-se nesta corrente latina, como teremos oportunidade de verificar mais tarde ao examinar o art. 10 do dec.-lei 40 333, de 14-10-1955, e o art. 1420 do C. C. 1966.

C) Uma terceira orientação, que se pode dizer, em certa medida, uma variante da segunda, é a que concebe a propriedade horizontal como uma realidade complexa, em que a compropriedade das partes comuns é, juridicamente, o principal e a propriedade exclusiva sobre cada andar do edifício o acessório.

(20) Transcrito em Manuel Albaladejo: *Instituciones de derecho civil*, II, *Derecho de cosas*, 1964, p. 251. ...

(21) *Manuale di diritto civile e commerciale*, 8.ª ed., 1952, II, 1, p. 519.

Esta orientação foi acolhida em 1951 pela Lei Alemã sobre Propriedade de Habitação (*Wohnungseigentumgesetz* de 15-3-1951): «a compropriedade e a propriedade singular estão assim obrigatoriamente ligadas de modo que o titular da compropriedade é automaticamente o titular da propriedade singular. A fracção da compropriedade e a propriedade singular formam uma unidade como propriedade horizontal (*Wohnungseigentum*). As disposições sobre esta unidade efectuam-se sob a forma de disposição da quota da compropriedade» (22).

Fundamentalmente são estas as orientações legislativas contemporâneas mais relevantes. Procuraremos seguidamente percorrer algumas explicações doutriniais da natureza jurídica da propriedade horizontal (23).

§ 2.º

NATUREZA JURÍDICA DA PROPRIEDADE HORIZONTAL

1. *Orientações doutriniais mais antigas*

Pode duvidar-se se terá interesse examinar a natureza deste instituto, tal como tem sido feito pelos autores que se ocuparam da propriedade horizontal. Como observa o Prof. Oliveira Ascensão, «acontece porém aqui algo de semelhante ao que se passa na superfície. A regulamentação legal expressa veio tirar interesse a muitas discussões. A admissão de propriedades singulares é posição que podemos dizer unânime na doutrina» (24).

(22) Westermann: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 2.ª ed., 1953, p. 127; v. também Prof. J. O. Ascensão: *As Relações...* p. 136 e n. (30).

(23) Segundo informa Caio Pereira: *ob. cit.*, p. 39, o direito soviético não acolheu o instituto da propriedade horizontal, não havendo qualquer lei que regulamente a divisão por andares de edifícios urbanos. Os tribunais porém, têm sustentado que a divisão por andares fica dependente de autorização do soviete local.

(24) *As Relações jurídicas reais*, pp. 136-137.

E assim basta referir a chamada teoria acéfala de Perozzi acerca da natureza da propriedade por andares para se compreender que tal posição não poderia verosimilmente ser sustentada após a publicação da moderna legislação sobre esta matéria nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Este autor partia do princípio de que existia evidente contradição entre a ideia de compropriedade e a de propriedade singular e daí derivava a conclusão de que haveria na chamada propriedade por andares uma situação de gozo plural, estando assim justificado o facto de as normas que os códigos de modelo napoleónico dedicavam ao instituto, se de instituto se pudesse falar, regularem apenas a repartição de despesas entre os vários titulares desse gozo. Ir mais além seria exorbitar as funções do jurista. É claro que tal posição, além do preconceito positivista que revela ⁽⁸⁵⁾, não teria cabimento perante as modernas leis que regulam minuciosamente o instituto.

Ora o problema da natureza jurídica tem sido diversamente resolvido pelos diversos estudiosos da figura, mesmo trabalhando sobre a mesma legislação e não obstante a construção que esta tenha escolhido. Bärmann observou que a evolução da doutrina tem-se apresentado como uma marcha do simples para o progressivamente complexo ⁽⁸⁶⁾.

A pluralidade de teses sobre a natureza da propriedade horizontal pode explicar-se, quanto à doutrina mais antiga, não só pela tendência em reduzir aquela a outra figura mais simples ou com mais largas tradições, em especial no direito romano — a servidão, a comunhão ou o direito de superfície — mas também pela incerteza com que foi regulada nos códigos civis de modelo napoleónico, já que os outros códigos ou a proibiam, cortando cerce posteriores elaborações, ou a ela se não referiam pura e simplesmente.

⁽⁸⁵⁾ A este propósito, escreve Batlle Vázquez: «isto não merece as honras de ser considerado como uma teoria porque o interessante de uma construção doutrinária radica em encontrar critérios normativos na ausência de disposição legal e critérios interpretativos da própria lei e é inadmissível reduzir as instituições à pura positividade (ob. cit., p. 51).

⁽⁸⁶⁾ Cit. por Prof. O. Ascensão: *As Relações*, p. 136.

A reflexão dos juristas sobre a natureza da figura não é, porém, de data recente.

Vimos que num texto do Digesto (D.42.17.3.7) Ulpiano hesitava na qualificação do titular do *cenaculum*, ora referindo-se a *quasi dominus*, ora identificando-o com um superficiário.

Mais tarde, um tratadista italiano anterior à época da codificação, De Luca, no seu *Theatrum veritatis et justitiae* escreve uma «brilhante dissertação» (B. Vázquez) acerca da natureza da figura que, apesar de ser um pouco longa merece ser transcrita pela clareza com que equaciona tal problema:

«In hoc tres habemus opiniones. *Prima* est jam dicta ut quilibet dicatur dominus suæ partis, perinde hac si tot essent domus quot sunt appartamenti. *Altero* vero, ut totius ædificii dominium sit possessoris soli, seu appartementi inferioris, possessor autem aliorum solarium dicatur ea appartamenti habere potius jure servitutis, quam soli dominus pati cogitur. *Tertio denum*, ut possessor partis inferioris, ut pote habens solum, sine quo ædificium consistere non potest, dicatur totius ædificii dominus directus, possidens vero partis superioris dicatur dominus utilis, seu superficiarius» (*).

Fundamentalmente nos surgem aqui três explicações que aparecem mais tarde com maior ou menor frequência entre os autores: propriedade, servidão e superfície. Examinemo-las de mais perto.

A) A tese da propriedade singular sobre cada andar parece já ter sido aflorada por Ulpiano, embora em termos dubitativos. De Luca encara-a como uma possível explicação: «nesta questão temos três opiniões: a primeira foi já referida, a de que cada um se considere proprietário (*dominus*) da sua parte, de modo que aí houvesse tantas casas quantas as fracções (*appartamenta*)». Esta tese, porém, gozou do desfavor da doutrina no séc. XIX, já que a propriedade do cidadão, sucessora histórica

(*) Este trecho vem transcrito em B. Vázquez: *ob. cit.*, p. 48.

do *dominium* quiritário⁽³⁸⁾, era concebida como «o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta» (art. 544 do C. C. francês). Ora na realidade, se a propriedade horizontal se mostrava um fenómeno de gozo exclusivo sobre o andar, revela também as múltiplas limitações dos poderes dos condóminos, nomeadamente resultantes da utilização de partes comuns e da existência de parcelas indivisíveis, como as fachadas e as paredes mestras, além de deixar por resolver o problema da propriedade do solo.

Numa época em que Brinz afirmava que «onde acaba o egoísmo termina o direito civil»⁽³⁹⁾ e em que este mesmo autor definia nas suas *Pandekten* a propriedade como «a ligação jurídica imediata, acessória, *exclusiva* de uma coisa corporea com uma pessoa»⁽⁴⁰⁾, como se poderia conceber o poder sobre o andar, parte de um todo — o edifício —, rodeado de restrições, como uma forma de propriedade?

Outra tese gozava então de maior audiência: a da servidão, que a seguir trataremos.

B) Solução mais adequada às concepções jurídicas que inspiraram o Código de Napoleão é a enunciada nos seguintes termos por De Luca: «mas há outra opinião de que o domínio de todo o edifício seja do possuidor do solo ou do andar inferior, tendo o possuidor dos outros andares, segundo se diz antes (*potius*) por direito de servidão esses andares (apartamenta)».

Esta construção viria a encontrar apoio legal no art. 664 do Código Civil francês que se acha incluído num título que regula as servidões ou serviços prediais. Demolombe e Planiol

(38) Nota De Francisci que entre os tipos de «senhorio geral sobre as coisas» podia distinguir-se em Roma a *possessio fundi tributarii* ou *stipendiarii*, a forma primitiva de *mancipium*, e a *proprietas* do período imperial, qualquer destas não se confundindo com o *dominium*, propriedade plena, «senhorio absoluto, exclusivo, a que repugna qualquer limitação», e que «absorve necessariamente tudo o que se lhe incorpora; é perpétuo; é imune ou seja está isento de impostos territoriais». (*Sintesis histórica del Derecho Romano*, trad. espanhola, 1954, p. 466).

(39) Cit. por Prof. Castro Mendes: *Teoria geral do direito civil*, I, p. 13.

(40) Cit. por L. Barassi: *Proprietà e Comproprietà*, p. 2.

em França, influenciados pela jurisprudência, aderiram a esta tese. Perante idêntica situação, durante a vigência do Código Civil italiano de 1865, Coppa Zuccari, Ferrini e Pulvirenti defenderam também igual opinião. Mas, diferentemente da formulação de De Luca, há a tendência para conceber, como passou a fazer a jurisprudência francesa, «o prédio dividido simplesmente em alojamentos, que são objecto de propriedade absolutamente exclusiva dos respectivos donos, onerados reciprocamente por servidões, nas quais se conglobariam todos os interessados comuns aos vários andares». (41). Esta posição foi abandonada devido às críticas irretorquíveis formuladas de vários sectores. Antes de mais, uma só propriedade, a do solo ou do andar inferior, e várias posses baseadas em direitos de servidão (tese de De Luca) era uma construção falsa que nunca poderia explicar o poder que o titular de um andar superior tinha de gozar tal andar e de inclusivamente, o alienar. A segunda formulação da jurisprudência francesa, de carácter mais moderado, também foi duramente criticada pois que para haver servidão predial se entende ser necessário existirem dois prédios, o dominante e o serviente, e neste caso havia um único prédio, dividido juridicamente em partes. E por que razão se havia de dizer que a escada era propriedade de um dos titulares, onerada embora por servidões dos outros andares, se tudo parecia indicar que tal escada, enquanto parte sem autonomia de um prédio urbano, era propriedade comum da pluralidade de titulares dos andares — e onde haja propriedade comum como falar de servidões recíprocas («*nemini res sua servit jure servitutis*»)?

Esta concepção, como diz o Parecer da Câmara Corporativa citado atrás, «conferia a cada andar a qualidade autónoma de prédio, fazendo surgir prédios suspensos, em absoluto desacordo com o espírito das leis vigentes».

C) Já a identificação do instituto da propriedade horizontal

(41) Parecer da Câmara Corporativa sobre o projecto do decreto n. 508, relatado pelo Prof. Gomes da Silva, publicado em apêndice a *Da Propriedade horizontal ou por andares*, de Cunha Gonçalves, p. 88.

com a superfície se não pode dizer que seja posição ultrapassada na doutrina.

É concebível que o titular do andar inferior aderente ao solo, seja considerado o proprietário do solo e que os titulares dos andares superiores sejam apenas proprietários do andar e titulares de um direito de superfície, direito de manter o seu andar sobre o inferior. Teríamos assim a propriedade do solo, «*sine quo edificium consistere non potest*», e a propriedade do andar inferior reunidas no mesmo titular e diversos direitos de superfície, cujos titulares, os «*domini utiles seu superficiarū*», seriam os proprietários de cada um dos andares (propriedades superficiárias).

Para o favor que gozou esta doutrina, contribuiu o facto de os Códigos Civis alemão e suíço terem proibido o instituto da propriedade separada por andares nos capítulos que regulam o direito hereditário de construção e a superfície. É particularmente significativo o texto do art. 675 do Código Civil suíço: «os diversos andares de uma casa não podem ser objecto de um direito de superfície».

Na Itália, a tese da superfície foi adoptada por Coviello, Ascoli, Simoncelli e Lucci no que respeita ao «condomínio de edifícios» na vigência do Código de 1865. E relativamente ao Código de 1942, Messineo afirma que o «condomínio nos edifícios», regulado nos arts. 1117 e seguintes, «em certos aspectos vai considerado como direito de superfície» ⁽⁴²⁾. E Balbi, embora entendendo «que deve excluir-se que seja direito de superfície o chamado *condomínio negli edifici*, pois que normalmente o proprietário de um andar ou porção de andar é participante na comunhão do solo (art. 1117)», admite porém que possa ter-se direito de superfície «só, quando de facto, falta esta comunhão» ⁽⁴³⁾.

Ainda que pudesse achar-se em Ulpiano um argumento a favor da tese da superfície, conferindo-lhe foros de anciandade, hoje ela não poderá dizer-se certa, ao menos em face

⁽⁴²⁾ Citado por G. Balbi: *Il diritto di superficie*, p. 38, n. (14).

⁽⁴³⁾ *Il diritto di superficie*, p. 38, n. (14).

do direito português (art. 1526 C. C.). Neste sentido se pronuncia Batlle Vázquez, ao escrever que «tanto nos Códigos mencionados como na doutrina mais corrente, o direito de superfície é um direito de construção sobre solo alheio, e no caso de propriedade por andares há algo mais do que um direito de construção, que a mera faculdade de sobreposição. Existe uma utilização de elementos comuns que desvirtua e modifica a natureza daquele direito» (44) (45).

A confusão das figuras da propriedade horizontal e da superfície pode explicar-se, como mostra o Prof. Oliveira Ascensão, dado que há uma semelhança grande entre as duas, pois em qualquer delas ocorre um parcelamento jurídico duma coisa (um prédio), surgindo aí conflitos entre direitos reais a partes da mesma coisa (46).

2. Panorama das doutrinas mais recentes

Tem sido preocupação dos escritores mais ligados à tradição quererem identificar a propriedade horizontal com algum dos direitos reais conhecidos na doutrina romana. Daí as sucessivas teses que procurámos examinar e que concebem este direito como domínio ou propriedade perfeita (ou melhor, pluralidade de propriedades perfeitas), ou como soma de um domínio e de várias servidões ou ainda como uma forma especial de direitos de superfície que oneram o andar inferior.

Caio Pereira insurge-se contra a posição dos autores que procuram operar a redução do instituto a uma figura bem conhecida, pois se acham escravizados ao direito antigo e, praticando «um espécie de interpretação *teleológica* dos textos romanos», acabam por aplicar «regras caducas ao direito novo» (47). Na opinião do jurista brasileiro, é necessário exa-

(44) *La Propiedad de casas por pisos*, p. 52.

(45) Caio Pereira: *ob. cit.*, p. 50, informa que os juristas italianos Gian-turco e Duranton procuraram explicar a propriedade horizontal em termos da solução clássica da enfiteuse, distinguindo aí um domínio directo e um domínio útil.

(46) *As Relações jurídicas reais*, pp. 131 ss.

(47) *Ob. cit.*, p. 48.

minar sem preconceitos doutrinários a figura da propriedade horizontal ou por andares, tal como nos surge no meio social e nos textos legislativos recentes, e partir daí para a sua construção jurídica.

Ora despida a propriedade da roupagem absolutista e exclusivista que o séc. XIX lhe atribuíra, pretendendo reconstruir o *dominium* quiritário tal como na ordem política pretendia fazer renascer o consulado e o império e no campo das artes plásticas o estilo clássico, não podemos, ao que nos parece, deixar de reconhecer que o direito subjectivo que o titular do andar tem sobre este, como unidade autónoma do prédio, é um verdadeiro direito de propriedade. Qualquer que seja a qualificação jurídica atribuível à figura, complexa em si, há em primeira linha direitos exclusivos sobre as fracções autónomas, os andares ou apartamentos, que numerosas legislações qualificam como propriedade ⁽⁴⁸⁾ e que, do ponto de vista doutrinal, parecem estar bem classificados — com efeito é atribuído ao titular uma «universalidade de poderes que à coisa se podem referir» ⁽⁴⁹⁾.

Mas não é tudo. A propriedade horizontal é uma figura complexa, o seu objecto não é apenas uma fracção autónoma, o andar ou apartamento, parcela de um edifício, mas também o edifício que é uma unidade sobre todos os aspectos ⁽⁵⁰⁾. E qual a natureza dos direitos dos donos das fracções sobre as partes comuns do edifício, «os restantes elementos, pertenças e serviços comuns» de que fala a lei espanhola? Na doutrina contemporânea a grande maioria dos autores inclina-se a aceitar que tal direito sobre as partes comuns, não afectadas ao gozo exclusivo de um proprietário, é o direito de compropriedade,

⁽⁴⁸⁾ Lei espanhola de 1960, art. 3-a); dec.-lei 40 333, art. 10; C. C. português, art. 1420.

⁽⁴⁹⁾ Prof. J. O. Ascensão: *Lições de direitos reais*, ed. AAFDL, 1966-1967, p. 314.

⁽⁵⁰⁾ «O edifício representa uma unidade, unidade sob todos os aspectos. Unidade arquitectónica. Unidade técnico-material da sua construção. Unidade orgânica de convivência. Unidade económica na expressão da sua harmonia externa. Unidade ética, na sua dupla configuração, moral e jurídica» (Calo Pereira: *ob. cit.*, p. 48).

sendo seus titulares os condóminos, proprietários de cada uma das fracções autónomas. Neste sentido são expressas, por exemplo, as leis espanhola, portuguesa e alemã.

A posição dos que defendem ser a propriedade horizontal um direito real complexo, composto de direito de propriedade e de compropriedade, tem sido fortalecida por numerosas aderências de vários juristas. Picard, autor do tomo III do *Tratado de Planiol e Ripert* afirma que há na propriedade horizontal «uma sobreposição de propriedades distintas e separadas, complicada pela existência duma compropriedade que incide sobre as partes necessariamente comuns ou afectadas ao uso comum dos diferentes proprietários» (51). No Brasil, Orlando Gomes refere-se-lhe como um *genus novum* que não é propriedade individual, nem condomínio, mas as duas coisas ao mesmo tempo (52). Em Espanha Batlle Vázquez (53), em Itália Secchi (segundo este autor trata-se de «uma verdadeira propriedade individual sob alguns aspectos e sob outros uma compropriedade») (54) e Messineo (55), na Alemanha Westermann (56) são de opinião que estamos na presença de uma forma entrelaçada de direito de propriedade e de compropriedade.

Em nós, o Parecer da Câmara Corporativa já referido adere a esta tese, que encontra formulação legislativa no dec.-lei 40 333 e no novo Código Civil: «o direito de cada condómino, segundo o Parecer em questão, em conjunto é o direito sobre o prédio, portanto, sobre uma coisa imobiliária, e como tal é tratado unitariamente pela lei; mas o objecto em que incide é misto — é constituído por uma habitação exclusiva, que é o principal, e por coisas comuns que são o acessório» (57). Deste modo de ver partilha também o Prof. Oliveira Ascensão,

(51) *Traité pratique de droit civil français*, III, 2.ª ed., 1952, p. 314.

(52) Transcrito em Caio Pereira: *ob. cit.*, p. 52, n. (1).

(53) *Ob. cit.*, p. 65.

(54) Transcrito em Batlle Vázquez: *ob. cit.*, p. 56.

(55) *Manuale di diritto civile e commerciale*, II-I, 8.ª ed., 1952, § 94, p. 519.

(56) *Lehrbuch des Sachenrechts*, § 29, p. 123 ss.

(57) Transcrito em apêndice, *ob. cit.*, Cunha Gonçalves, p. 93.

em *As Relações jurídicas reais* (58) e no seu ensino universitário (59). Contra esta construção pronuncia-se o Doutor Cunha Gonçalves num comentário ao dec.-lei 40 333, publicado em 1955.

Segundo este jurista, a propriedade horizontal é uma forma de compropriedade e não uma soma ou conjunto incidível de propriedade exclusiva sobre o andar e compropriedade das partes comuns. Os seus argumentos são quer de ordem legislativa (tanto o Código Civil de 1867 no seu art. 2335, como os códigos civis espanhol, italiano de 1942 e mexicano tratam a figura como compropriedade ou na sede de compropriedade) quer de ordem doutrinal (cita as opiniões no mesmo sentido dos autores castelhanos José Castan e Puig Peña) (60). Esta tese parece, porém, muito vulnerável. Por um lado, pode ser uma mera questão de palavras chamar condomínio ou compropriedade ao direito real complexo propriedade horizontal. Navarro Azpeitia, tal como o belga Poirier, chama condomínio à figura da propriedade horizontal, embora não queira manifestamente confundir condomínio com compropriedade. Segundo aquele autor espanhol «os proprietários (sic) de cada andar estão sujeitas a importantíssimas limitações da sua propriedade pois embora tenham o direito de alienar ou onerar o seu andar ou apartamento, este fica indissolúvelmente preso à *compropriedade indivisível* das partes comuns, a qual é o nexa forte e o elemento de maior importância jurídica do direito desses proprietários» (61). Neste caso, há uma mera divergência de palavras mas não de ideias. Noutros autores, pelo contrário, a divergência é mais profunda. Ninguém nega hoje que haja importantes manifestações de compropriedade na propriedade horizontal. O que não deve fazer-se é confusão entre ambas as figuras. Não é contraditório, como julga Cunha Gonçalves, que coexistam um direito de propriedade singular e uma com-

(58) Em especial, pp. 131 a 141, *máxime* 136 a 138.

(59) *Lições de direitos reais*, 1966-1967, pp. 187-188.

(60) *Da Propriedade horizontal ou por andares*, pp. 15 ss.

(61) Transcrito em C. Gonçalves: *ob. cit.*, p. 15.

propriedade recaindo sobre a mesma coisa, desde que cada um desses diferentes direitos reais recaia sobre uma parte juridicamente distinta dessa coisa. Além disso, a compropriedade que aparece na propriedade horizontal não pode seguir o regime da compropriedade normal precisamente porque faz parte dum complexo incindível de direitos: por isso num caso há indivisibilidade perpétua das coisas comuns e no outro a regra geral é a divisibilidade.

Finalmente, socorremo-nos de uma crítica enunciada por Messineo a propósito da designação do instituto no Código Civil italiano de 1942 como «condomínio nos edifícios» (arts. 1117 a 1138). Basta pensar, diz este autor italiano, na hipótese de um andar ou apartamento (uma fracção autónoma) pertencer a uma pluralidade de titulares: neste caso temos uma compropriedade de coisas comuns, de que uma fracção ou quota ideal, corresponde à fracção autónoma, tem por titulares os comproprietários da fracção autónoma como se fossem apenas um só — o «condómino», proprietário da fracção autónoma. A compropriedade das coisas é perpétua, nenhum dos proprietários dos andares pode requerer a divisão do solo em que se ergue o edifício, das escadas ou do terraço. Pelo contrário, os comproprietários de uma fracção autónoma de um edifício podem requerer a todo o tempo a divisão da coisa (*summo rigore*, da parte da coisa dotada de autonomia) comum, uma vez que se trata de uma compropriedade vulgar. Além disso, continua Messineo, se imaginarmos uma casa devolvida a uma pluralidade de herdeiros, por morte do seu proprietário, sem que haja sido estabelecido o regime de propriedade horizontal, «não há [aí] propriedade singular de andares separados ou apartamentos mas todos os andares ou apartamentos pertencem, por quota, a cada um dos proprietários, e portanto, ao condomínio verdadeiro e próprio, são aplicáveis por inteiro as normas sobre comunhão ordinária» (62).

Concluindo pois: a propriedade horizontal não é só propriedade singular de fracções autónomas, nem compropriedade

(62) *Manuale cit.*, p. 519.

de partes comuns de um edifício. É um direito real complexo ⁽⁶³⁾ constituído por direitos de propriedade singular sobre as fracções autónomas e de compropriedade sobre as partes comuns — sendo tal unidade de direitos incindível.

3. *A propriedade horizontal e figuras afins*

Como adiante teremos ocasião de examinar a figura do direito de superfície (*) limitamo-nos a referir duas figuras que têm certa analogia com o presente instituto: a comunhão *pro diviso* e a propriedade dividida ⁽⁶⁴⁾. Finalmente far-se-á uma referência ao problema da personalização do substracto formado pelo conjunto dos condóminos das fracções autónomas.

A) A comunhão *pro diviso* é uma figura um tanto misteriosa que certos autores pretendem encontrar no direito romano como verdadeira forma de *communio*, embora tal opinião não seja partilhada por boa parte dos romanistas.

Barassi nega que na chamada comunhão *pro diviso* haja uma verdadeira comunhão de direitos reais ou antes, uma compropriedade. A comunhão *pro diviso* «limita-se a ser não uma compropriedade mas um feixe de propriedades distintas uma das outras, e sòmente juntas (*accostate*) quanto ao objecto, se as várias partes da coisa estão em unidade e não separadas» ⁽⁶⁵⁾. Ou como disse Paulo no D.50.16.25.1 «*quod pro diviso nostrum est, id non partem sed totum esse*» ⁽⁶⁶⁾ ⁽⁶⁷⁾.

Albaladejo opõe à comunhão *pro indiviso*, nas suas moda-

(63) Sobre a dicotomia direitos reais simples e direitos reais complexos, v. Prof. Oliveira Ascensão: *Lições cits.*, pp. 187 a 189.

(*) *N. da R.* — A parte relativa ao direito de superfície será publicada, possivelmente, num dos próximos números desta *Revista*.

(64) V. Prof. Oliveira Ascensão: *As Relações jurídicas reais*, pp. 133-134.

(65) *Proprietà e Comproprietà*, p. 103.

(66) Barassi: *ob. cit.*, p. 103, n. (3).

(67) Entre nós dá o Prof. L. Pinto Coelho notícia de uma lei de D. José, promulgada em 1773, em que se luta contra a comunhão *pro diviso*, «isto é, comunhão imprópria, uma vez que pressupõe uma divisão de facto existente entre os interessados» (*Da Compropriedade no direito português*, I, p. 20). Há, assim, no nosso direito uma tradição secular na não-admissão da chamada comunhão *pro diviso*!

lidades romana e germânica, a comunhão *pro diviso* que ocorre quando as faculdades que constituem o poder pleno que incide sobre uma coisa «estão repartidas entre os condôminos não homogêneamente (assim por terços, ponhamos o caso) mas correspondendo a cada um umas (faculdades) diferentes» (68). Ou utilizando o exemplo dado por este autor, suponha-se um determinado prédio em que *A* tem a faculdade de cultivar a terra e aproveitar os pastos, *B* a de obter os frutos das árvores e *C* faz sua a lenha e madeira dessas árvores. Segundo este tratadista espanhol, comunhão *pro diviso* não se distingue da propriedade separada.

Finalmente, Pontes de Miranda entende por comunhão *pro diviso* uma realidade que nos parece um pouco diferente. Apesar de a sua exposição não ser muito clara, infere-se dela que este autor considera a figura como um misto ou complexo de comunhão e divisão. Segundo este autor, «é preciso, que haja divisão, isto é, partes integrantes divisas — no direito brasileiro, apartamentos, ou casas ou outra construção, ou meio de *dividere* — e haja comunhão, pelo menos do terreno. Sem terreno (domínio, usufruto, uso, posse, etc.) que seja indiviso, não há comunhão imobiliária de modo que esse é o mínimo de elemento comum» (69).

Sobre a concepção perfilhada por Albaladejo, veremos a seguir o que se entende por propriedade separada. Já quanto à concepção de comunhão *pro diviso* apresentada por Pontes de Miranda, duvidamos do interesse em identificar tal figura, tão misteriosa e controvertida, com a da propriedade horizontal. Em certa medida, e salvas pequenas diferenças, trata-se de uma designação rebuscada para os fenômenos jurídicos que surgem na propriedade horizontal. Basta termos em conta as palavras que o ilustre tratadista brasileiro consagra à comunhão *pro diviso*, para vermos que a toma num sentido coincidente com o de propriedade horizontal, e que se não confunde com a realidade que Barassi descreve: «a categoria jurídica da contem-

(68) *Instituciones de derecho civil*, II: *Derecho de cosas*, 1964, p. 238.

(69) *Ob. cit.*, XII, p. 165.

porânea comunhão *pro diviso* de apartamentos não é condomínio nem é propriedade exclusiva que independa das partes comuns [...]. Há algo de intercalar entre a propriedade exclusiva e o condomínio, pela dose de *diviso* que se concebeu por sobre o terreno. O regime jurídico tinha de ser complexo — muito da propriedade exclusiva, mas assaz de compropriedade o que evita a dispersividade do domínio exclusivo. Onde há *partes divisas* (a) tudo se passa como se se tratasse da propriedade exclusiva, com o seu destino próprio, embora sujeito à configuração inicial e a exigência da unidade do prédio e certa utilização uniforme. Onde há *parte indivisa* (b) *as regras jurídicas do condomínio tomam a frente*»⁽⁷⁰⁾. Para quê complicar as realidades falando de comunhão *pro diviso* para designar um direito real complexo? Parece preferível pois tomar a expressão comunhão *pro diviso* no sentido defendido por Barassi e que se não confunde com a propriedade horizontal. Num caso há pluralidade de direitos reais que incidem sobre coisas distintas, embora unidas materialmente; no outro caso há pluralidade de direitos reais sobre partes juridicamente distintas de uma mesma coisa, a par de compropriedade sobre certas partes não afectadas individualmente ao uso dos respectivos titulares.

Na propriedade horizontal, o direito principal sobre a fracção autónoma não se configura como uma comunhão *pro diviso*. O edifício, que é indubitavelmente uma unidade material, acha-se dividido ou parcelado juridicamente em partes autónomas, cada uma das quais é objecto idóneo de direito de propriedade ou de outros direitos reais (usufruto do andar, ou hipoteca sobre o apartamento, por exemplo). A pluralidade de direitos reais dos condóminos incide sobre partes juridicamente autonomizadas de uma mesma coisa, e não sobre várias coisas transitòriamente unidas materialmente entre si. É o que se passa na hipótese de Ulpiano, em que, sendo o *fundus* dividido em partes (*regiones*), cada uma é não *pars fundi*, tal como o andar é *pars aedis*, mas novo *fundus*, coisa dotada de autonomia. A comunhão *pro diviso* parece supor uma pluralidade de coisas jurídicas. A pro-

(70) *Ob. cit.*, XII, p. 163. Sublinhado nosso.

priedade horizontal supõe uma só coisa, o edifício, embora parcelado juridicamente em fracções autónomas e partes comuns, objectos de diferentes direitos reais ⁽⁷¹⁾.

B) Igualmente se não confunde a propriedade horizontal com a *propriedade dividida*, isto é, com a situação jurídica que ocorre quando o conteúdo do direito de propriedade se divide desigual e heterogêneamente por mais de uma pessoa, como no exemplo acima referido, tirado de Albaladejo. A propriedade dividida, figura que pertence a sistema jurídicos do passado, é evidentemente diferente da complexa figura da propriedade horizontal, que acima se procurou descrever. Num caso as faculdades ou poderes que se integram no direito de propriedade acham-se distribuídos entre diversos sujeitos. No outro caso, a par de propriedades singulares sobre certas fracções autónomas de um edifício há acessoriamente direitos de compropriedade sobre fracções comuns. Quanto às diversas propriedades singulares na propriedade horizontal, não há que falar em propriedade dividida «pois por um lado, cada um dos participantes é proprietário pleno e por outro não há sobreposição de direitos» como nesta ⁽⁷²⁾.

C) Finalmente parece caber aqui uma referência à propriedade horizontal comparada com a personalização do substracto dos condóminos, sendo esta nova pessoa jurídica titular da propriedade sobre todo o edifício.

Não se trata já, cremos, de uma figura afim da propriedade horizontal. Mais rigorosamente a personalização do substracto é uma construção jurídica utilizada nos países anglo-saxónicos para regulamentar a contitularidade de andares num edifício. As figuras não se confundem. Nos países anglo-saxónicos haverá uma entidade jurídica que tem no seu património o edifício dividido por andares e que tem relações de arrendamento com os condóminos *de facto*. Mas perante terceiros existe uma nova pessoa jurídica e internamente essa pessoa pode celebrar con-

⁽⁷¹⁾ No mesmo sentido, Prof. Oliveira Ascensão: *As Relações jurídicas reais*, p. 134.

⁽⁷²⁾ Prof. Oliveira Ascensão: *As relações jurídicas reais*, p. 134.

tratos de arrendamento com os sócios que formam o seu substracto. Na propriedade horizontal de tipo continental não há criação de uma pessoa colectiva e cada um dos condóminos é titular de um direito de propriedade sobre a sua fracção autónoma e de direito de compropriedade sobre as partes comuns do edifício ⁽⁷³⁾. Inerente à sua qualidade de condómino está a respectiva participação na assembleia dos condóminos, órgão de uma entidade *de facto*, de mera administração do edifício. No nosso direito, o outro órgão de administração é o administrador (art. 1430-1).

Embora não se confunda com a construção anglo-saxónica que vê na sociedade imobiliária uma pessoa colectiva titular do direito de propriedade sobre o imóvel, prevê a lei francesa de propriedade horizontal, a existência de um sindicato personalizado que tem por fim assegurar a gestão do edifício, em especial das partes comuns. Como escreve J. Carbonnier, «se não previram um organização diferente, os comproprietários encontram-se de pleno direito agrupados num sindicato que representa legalmente a sua colectividade (art. 7 da lei de 28-6-1938). *O sindicato é uma pessoa moral* que vem juntar-se à compropriedade; não é, contudo, proprietário do imóvel; são os *sindicados* que são proprietários dele, cada um tendo um

⁽⁷³⁾ Pressupomos, é claro, que a compropriedade é um direito real distinto da propriedade, e não um direito (subjectivo) de propriedade com pluralidade de titulares. O Prof. Paulo Cunha, por exemplo, ao estudar a dinâmica do direito subjectivo considera que é possível haver uma modificação subjectiva quantitativa, quando se modifica o número de titulares de um mesmo direito subjectivo (v. Prof. Castro Mendes: *Teoria geral*, II, p. 31, n. (1). Quanto à natureza da compropriedade parece dever seguir-se a tese defendida entre nós pelo Prof. Luís Pinto Coelho (v. Prof. J. O. Ascensão: *Lições*, pp. 288-289) e que parece ter hoje consagração no art. 1403-1 do novo C. C. No mesmo sentido se pronuncia o autor do anteprojecto, Prof. Luís Pinto Coelho, ao escrever que «a concepção em que assenta o anteprojecto repele a ideia de um fraccionamento, entre os comproprietários, de direito único de propriedade ou, sequer, do objecto da propriedade. Com tal ideia seria impossível explicar que certos poderes existam para um só comproprietário relativamente a todo o objecto, que cada um dos direitos se possa expandir quando cesse a força limitativa de algum dos restantes». (in *B. M. Justiça*, 103, p. 161).

direito real que recai directamente sobre a coisa, e não uma parte social (que seria como que um crédito contra a sociedade)» (74).

Resumindo: são coisas diferentes a técnica da personalização do substrato dos condóminos de um edifício, considerando-se este como propriedade dessa pessoa colectiva, a sociedade cooperativa ou imobiliária (concepção anglo-saxónica) e a propriedade horizontal, direito real complexo em que pode haver, em relação ao edifício submetido a esse regime, e para fins de administração das partes comuns, entes de gestão personalizados (regime supletivo da lei francesa de 1938) ou não personalizados (casos dos direitos espanhol, italiano e português) — «entes de simples gestão» no dizer de Messineo (75).

(74) *Droit civil*, II, 1: *Les biens*, 1957, p. 197.

(75) *Ob. cit.*, II, 1, p. 520.

CAPÍTULO II

A PROPRIEDADE HORIZONTAL NO DIREITO PORTUGUÊS

§ 1.º

O ARTIGO 2335 DO CÓDIGO CIVIL DE 1867

1. *Nota prévia*

Vamos agora iniciar uma análise do tratamento da propriedade horizontal no nosso direito, após nos termos ocupado na secção I da sua evolução histórica e natureza jurídica.

Procuramos ser sucintos na referência ao direito anterior a 1966. Só em relação ao texto do novo Código faremos referência a pontos concretos do regime de 1955, o qual, aliás, é substancialmente o que transitou para o novo diploma.

2. *O Código Civil de 1867: o art. 2335 na doutrina e na jurisprudência.*

Como se disse atrás, o Código Civil de 1867 só se referia à propriedade separada de andares no art. 2335, disposição que tinha por fonte o art. 664 do Código de Napoleão e de que diferia pouco, de resto.

A disposição do título LXVIII (§ 34) do livro I das Ordenações Filipinas não influenciou o nosso legislador, que tinha os olhos postos no Código francês e que, ao traduzir o art. 644, com a pressa, designou por tecto aquilo a que o seu modelo chamava telhado (toit).

É o seguinte o texto do art. 2335:

«Se os diversos andares de um edifício pertencerem a diversos proprietários, e o modo de reparação e conserto se não achar regulado nos seus respectivos títulos, observar-se-á o seguinte:

§ 1.º — As paredes comuns e os tectos serão reparados por todos, em proporção do valor que pertence a cada um.

§ 2.º — O proprietário de cada andar pagará a despesa do conserto do seu pavimento e forro.

§ 3.º — O proprietário do primeiro andar pagará a despesa do conserto da escada de que se serve; o proprietário do segundo a parte da escada de que igualmente se serve a partir do pátio do primeiro andar, e assim por diante» (76).

Este artigo não tinha a preocupação de regular com minúcia este instituto, limitava-se a admiti-lo como válido e a resolver os problemas que com mais frequência poderiam surgir entre os proprietários dos andares. Compreende-se, aliás, que não fosse detalhado este regime já que na época de promulgação do Código português, o instituto da propriedade por andares não tinha quase interesse prático entre nós, como não tinha na restante Europa continental antes de 1918. Apesar da popularidade contemporânea da propriedade horizontal, há autores como Jean Carbonnier que hoje acham ser «ainda demasiado cedo para dizer se a compropriedade por andares é uma instituição sólida (sobretudo quando os andares são construídos com materiais leves)», calculando que «nesta matéria imobiliária, os factos

(76) Diz o art. 684 do C. C. francês:

«Quando os diferentes andares de uma casa pertencem a diversos proprietários, se os títulos de propriedade não regularem o modo de reparações e reconstruções, devem ser feitas de modo que segue:

As paredes mestras (gros murs) e o telhado estão a cargo de todos os proprietários, cada um na proporção do valor do andar que lhe pertence.

O proprietário de cada andar faz o sobrado sobre que caminha.

O proprietário do primeiro andar faz a escada que aí conduz; o proprietário do segundo andar, faz a partir do primeiro, a escada que conduz ao seu (chez lui) e assim por diante».

não falarão senão depois do meio século» (77).

Não obstante a escassa regulamentação deste instituto no Código de Seabra, o Doutor Cunha Gonçalves dá-nos a conhecer a existência *de facto* da propriedade por andares em cidades antigas, como Évora, Coimbra, Porto e Braga (78).

Deve-se a este jurista, no volume XI do bem conhecido *Traçado de Direito Civil*, a primeira investigação sobre a propriedade horizontal na nossa doutrina. Neste volume, publicado em 1936, Cunha Gonçalves, depois de ter tratado da compropriedade clássica, da comunhão legal perpétua e da indivisão forçada, afirma que «há, porém, compropriedade *sem indivisão* ou no *sentido horizontal*, se pode assim dizer-se; tal é, por exemplo, a situação jurídica de um prédio de dois ou mais andares cada um dos quais pertence a distinto proprietário». E, à frente, escreve o mesmo autor: «não é esta situação muito frequente entre nós. Contudo o legislador previu-a no art. 2335, artigo que está um tanto deslocado na respectiva secção, porque se trata nele só de muros e paredes meias» (79).

Sobre propriedade horizontal é escassa a jurisprudência dos nossos tribunais. O Dr. Armando Guerra aponta no seu trabalho 3 acórdãos de Relações e 1 do Supremo, que, aliás, só incidentalmente se refere a esta figura (80).

O mais antigo acórdão, da Relação de Lisboa de 17-7-1932, estabelece que não há preceito legal que proíba a divisão de um edifício horizontalmente de forma que o rés-do-chão fique a pertencer a um comproprietário e o primeiro andar a outro, tendo esta forma de divisão sido prevista no art. 2335 do Código Civil, onde se prescreve o que se há-de observar quanto aos diversos andares da casa. O caso *sub judice* versava uma recusa de registo por parte de um conservador do Registo Predial.

(77) *Droit civil*, II, 1, p. 198.

(78) *Da Propriedade e da Posse*, p. 102, transcrito em Dr. Armando Guerra: *ob. cit.*, p. 53.

(79) *Traçado*, XI, p. 283.

(80) *Da Propriedade horizontal e da Propriedade superficiária*, pp. 10-11. Os acórdãos são da Relação de Lisboa, de 17-7-1932 e de 17-5-1950, da Relação de Coimbra de 30-1-1951 e do Supremo Tribunal de Justiça de 11-6-1957.

A Relação entende que o conservador não pode recusar o registo de andares separados de uma casa, apoiando-se em Duguit, o qual afirma que «só a lei *pode* estabelecer restrições às liberdades individuais, sob a condição expressa, que elas sejam as mesmas para todos e que sejam necessárias para assegurar o livre desenvolvimento de cada uma», e conclui o acórdão pondo em evidência que nenhuns inconvenientes podem resultar para a sociedade desta divisão horizontal, uma vez que «é bom notar, vivemos no regime de liberdade civil, política, económica e social» e uma vez que o próprio Código Civil prevê tal divisão não deve o conservador, exorbitando os seus poderes, recusar-se a registar definitivamente a transmissão ⁽⁸¹⁾.

No acórdão da Relação de Lisboa de 17-5-1950 dá-se uma caracterização doutrinal deste instituto que seria aceitar pelo dec.-lei 40 333. Aí se afirma que «a divisão de um prédio entre os diversos proprietários, dá lugar a um misto de propriedade exclusiva e de compropriedade em relação às partes do edifício que se mantêm indivisas, como paredes mestras, fachadas, telhado e portas de entrada» ⁽⁸²⁾.

No acórdão da Relação de Coimbra de 30-1-1951, versa-se o problema da admissibilidade de propriedade separada em regime horizontal de um terraço que serve de telhado a um prédio vizinho daquele por onde se fazia acesso ao referido terraço. Afirma a Relação que, apesar de o art. 2335 admitir que os diversos andares dum edifício podem pertencer a diversos proprietários («proprietários dos *andares*, manifestamente»), «no regime de propriedade por andares, dadas as suas características especiais, não é de admitir que o telhado de um edifício pertença a quem, como os autores, somente seja proprietário doutros edifícios» ⁽⁸³⁾.

O acórdão do Supremo, de 11-6-1957, indicado pelo Dr. Armando Guerra, só incidentalmente se refere à propriedade horizontal, dado que versa uma hipótese de casas gémeas com pare-

⁽⁸¹⁾ V. ac. cit. na *Revista da Justiça*, 17, p. 183.

⁽⁸²⁾ In *Revista da Ordem dos Advogados*, 10, n. 3-4, pp. 459 ss.

⁽⁸³⁾ In *B. M. Justiça*, 28, pp. 339 ss.

de-meia, telhado e fossa comuns.

Esta escassez jurisprudencial pode ser explicada pela pouca importância social do instituto na vigência do Código de Seabra. É curioso que mesmo depois de 1955 não encontramos qualquer decisão jurisprudencial sobre propriedade horizontal o que pode atribuir-se não só à modesta difusão do instituto nas nossas cidades mas talvez à psicologia dos condôminos, posta em relevo por Batlle Vazquez: segundo este autor os condôminos são, em regra, pessoas provenientes das classes médias, que utilizaram o aforro para adquirir um andar, ascendendo à posição de pequenos capitalistas, senhorios de eles próprios, os quais procuram, acima de tudo, evitar o recurso aos tribunais para resolver os seus litígios. Esta razão psicológica estaria na base da pequena floração jurisprudencial que neste campo se nota em Espanha (**).

§ 2.º

REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA EXTRAVAGANTE: O DECRETO-LEI 40 333, DE 14 DE OUTUBRO DE 1955

1. *A lei 2030 e a propriedade horizontal*

Ao apreciar em 1948 a proposta de lei 202 sobre o problema da habitação, a Câmara Corporativa entendeu que devia ser publicada entre nós a regulamentação da propriedade horizontal, prevista no art. 2335 do Código Civil de 1867, tendo redigido uma base nova (XXV a) em que incitava o Governo a, no prazo de seis meses, estabelecer «em termos práticos e eficientes o regime de propriedade por andares ou propriedade horizontal».

Esta base apresentada no Parecer da Câmara Corporativa foi aprovada pela Assembleia Nacional, com alterações de redacção, constituindo o art. 30, da lei 2030, de 22-6-1948.

(**) *La Propiedad de casas por pisos*, pp. 13-14 e 60 ss.

2. *A regulamentação da propriedade horizontal pelo decreto-lei 40 333*

Em vez dos seis meses fixados pela Assembleia Nacional, de acordo com a proposta da Câmara Corporativa, sete anos depois, em 2-4-1955, apresentou o Governo um projecto de decreto sobre a matéria de propriedade horizontal, tendo a Câmara Corporativa emitido um bem fundamentado parecer (Parecer 30 da VI Legislatura de 30-8-1955) de que foi relator o Prof. Dr. Manuel Gomes da Silva.

Segundo este Parecer a «propriedade horizontal é uma modalidade de propriedade apta para assegurar a maior número de famílias lar próprio, contribuir para resolver o problema da habitação em geral e para facilitar melhor repartição e circulação de bens de raiz» (85).

Finalmente é publicado o decreto-lei 40 333, de 15-10-1955, que, embora pretenda expressamente regulamentar o art. 2335 do Código Civil então vigente, reveste a forma de decreto-lei, ainda por sugestão da Câmara Corporativa, uma vez que há «dentro do novo diploma [...] disposições várias da natureza legislativa» (86).

Segundo o art. 1 deste diploma, «as fracções de que se compõe um edifício, susceptíveis de constituírem unidades independentes para os fins de habitação, de actividade cultural, de actividade económica ou semelhantes, podem pertencer a proprietários diversos em regime de propriedade horizontal, nos termos do presente decreto-lei».

Nos 37 artigos deste decreto-lei recebe o instituto da propriedade horizontal uma pormenorizada disciplina. Traça-se assim, no art. 10, a natureza jurídica da figura:

«Cada um dos proprietários tem direito de propriedade sobre a fracção autónoma correspondente e, acessoriamente, o direito de compropriedade na parte comum do prédio.

§ único. O complexo destes direitos é incindível, salvo dis-

(85) Parecer transcrito em Cunha Gonçalves: *ob. cit.*, p. 94.

(86) Relatório do dec.-lei cit., 8.

posição da lei em contrário, e está sujeito, para todos os efeitos, ao regime da propriedade de coisas imóveis».

Sobre este diploma, publicaram-se 2 obras de comentário: a do Doutor Cunha Gonçalves: *Da Propriedade horizontal ou por andares* e a do Dr. Armando Guerra: *Da Propriedade horizontal* ⁽⁸⁷⁾.

A entrada em vigor do Código Civil de 1966, que regula a propriedade horizontal no livro III dedicado a Direito das Coisas, nos arts. 1424 a 1438, veio revogar na sua maior parte o decreto-lei 40 333, nos termos do art. 3 do dec.-lei 47 344, de 25 de Novembro de 1966, que aprovou a nova lei civil.

§ 3.º

A REGULAMENTAÇÃO DA PROPRIEDADE HORIZONTAL NO CÓDIGO CIVIL DE 1966

1. *Assento legislativo*

Regula o novo Código Civil, aprovado pelo dec.-lei 47 344, de 25-11-1966, a matéria de propriedade horizontal em 25 artigos no capítulo VI do título II do livro III (arts. 1414 a 1438).

O referido capítulo VI acha-se epigrafado de «Propriedade Horizontal», estando dividido em quatro secções.

secção I — Disposições gerais

secção II — Constituição

secção III — Direitos e encargos dos condóminos

secção IV — Administração das partes comuns do edifício

Como trabalho preparatório deste capítulo encontra-se publicado o Anteprojecto sobre direito de propriedade da autoria

(87) Sobre a propriedade horizontal, publicaram-se ainda no *B. M. J.*, 55 e 60, os artigos críticos dos Drs. Tavares de Almeida e Lopes Navarro, e apareceu na revista *O Direito*, 88, pp. 310 a 321, um artigo de comentário ao dec.-lei 40 333 da autoria do Dr. Eridano de Abreu.

do Prof. Dr. Pires de Lima, que contém apenas o articulado, sem justificações (**).

2. A) *Disposições gerais. O objecto da propriedade horizontal*

Vamos iniciar uma análise dos artigos consagrados à nossa matéria, procurando seguir a ordem por que nos surgem tais artigos no respectivo capítulo.

O art. 1414 estabelece como princípio geral que «as fracções de que um edificio se compõe em condições de constituirem unidades independentes, podem pertencer a proprietários diversos em regime de propriedade horizontal».

Por outro lado o artigo seguinte, sob a epígrafe de «objecto», dispõe que «só podem ser objecto de propriedade horizontal as fracções autónomas que, além de constituirem unidades independentes, sejam distintas e isoladas entre si, com saída própria para uma parte comum do prédio ou para a via pública».

Diferentemente do art. 1 do dec.-lei 40 333, que previa os fins a que as unidades independentes podiam ser affectados («fins de habitação, de actividade cultural, de actividade económica ou semelhantes»), o novo Código não faz qualquer referência às possíveis affectações do andar ou outra fracção autónoma, não obstante o art. 116 do anteprojecto do Prof. Pires de Lima prever os fins consagrados no citado art. do dec.-lei de 1955.

A natureza deste instituto, tal como se desenha no art. 1414, torna-o applicável apenas aos prédios urbanos, juridicamente parcelados em fracções autónomas que constituem unidades independentes, sejam distintas e isoladas entre si e, além disso, tenham saída própria para uma parte comum do prédio (por exemplo, o patamar da escada comum) ou directamente para a via pública (por exemplo, rés-do-chão de um edificio com saída autónoma para a rua).

(**) Está publicado no *B. M. da Justiça*, 123 pp. 225 ss., *mazime* pp. 269 a 281.

Segundo o art. 204-2, *in fine*, prédio urbano é «qualquer edifício incorporado no solo com os terrenos que lhe sirvam de logradouro». Para que de edifício se possa falar é necessário que se trate de uma construção dotada de autonomia económica que se ache incorporado no solo, isto é, verificando-se «uma ligação material por meio de alicerces ou colunas, do edifício ao solo» ⁽⁸⁰⁾.

São requisitos essenciais para que um certo edifício ⁽⁸⁰⁾ possa ser submetido a este regime:

a) Que seja constituído por fracções dotadas de autonomia, que sejam unidades independentes, distintas e isoladas entre si: incluem-se aqui os andares (veja-se o art. 30 da lei 2030), os apartamentos ou habitações autónomas existentes num andar, as fracções abrangendo «mais de um andar ou em parte de vários andares sobrepostos», sendo ainda aplicável «também a estabelecimentos comerciais, que normalmente não ocupam integralmente um piso do prédio» ⁽⁸¹⁾.

b) Que as fracções autónomas tenham assegurada «saída própria para uma parte comum do prédio», por exemplo o patamar da escada comum, «ou para a via pública».

Se relativamente a um edifício que não apresenta os requisitos exigidos por lei, tiver sido constituído o regime de propriedade horizontal, comina o art. 1416-1 a nulidade do título constitutivo e a conversão legal automática do acto base do título «noutro pelo qual se sujeite o prédio ao regime de com-

⁽⁸⁰⁾ Profs. Pires de Lima e Antunes Varela: *Código Civil anotado*, I, p. 131.

⁽⁸¹⁾ Toma-se, evidentemente, aqui a palavra edifício no seu sentido legal, ou talvez um pouco mais amplo de modo a corresponder a prédio urbano, (inclui os terrenos que sirvam de logradouro ao edifício, como «os pátios e jardins anexos ao edifício» os quais se presumem comuns — veja-se art. 1421-2-b). Embora talvez se designem em linguagem corrente como edifícios certas construções em prédios rústicos não dotados de autonomia económica, «tais como as adegas, celeiros, as edificações destinadas às alfaias agrícolas, etc.» (Profs. Pires de Lima e A. Varela), não as considera assim o nosso Código — são meras *partes integrantes* do prédio rústico em que se encontram (veja-se o art. 204-2, 1.ª parte, e o art. 204-3).

⁽⁸²⁾ Parecer da Câmara Corporativa, 30, VI.

propriedade, regulada nos arts. 1403 e 1413 do Código Civil atribuindo-se a titularidade a cada consorte da quota que lhe tiver sido fixado nos termos do art. 1418 ou, na falta de fixação, da quota correspondente ao valor relativo da sua fracção». Este regime é uma inovação em relação ao dec.-lei 40 333, e já fora preconizado em 1956 pelo Dr. Armando Guerra (**).

O aproveitamento do acto constitutivo negocial (***) da propriedade horizontal, faz-se pela conversão automática, *ex vi legis*, num outro negócio sucedâneo ou *Ersatzgeschäft*, na consagrada terminologia alemã, em que se entende estar convencionado o regime de compropriedade, atribuindo-se a cada consorte a quota fixada ou uma quota correspondente ao valor relativo da sua fracção.

Diferente desta conversão legal automática é a conversão prevista como figura geral de aproveitamento dos negócios inválidos no art. 293 do C. C. — trata-se neste último caso de uma conversão a realizar pelo julgador, aproveitando o negócio nulo ou anulado para, dentro do princípio da economia negocial, formar um negócio de «tipo ou conteúdo diferente do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, *quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade*» (****).

Os condóminos e o Ministério Público «sobre participação da entidade pública a quem caiba a aprovação ou fiscalização

(**) Veja-se *Da Propriedade horizontal e da Propriedade superficial*, p. 87.

(***) Parece que o art. 1418 só prevê a nulidade de negócios jurídicos e não a da sentença judicial, proferida nas acções de divisão de coisa comum (art. 1052 ss. do C. P. C.) ou dos processos de inventário (arts. 1326 ss. do C. P. C.). Quanto à usucapião, sendo um facto jurídico em sentido estrito, não faz sentido falar de validade ou nulidade, valores de actos jurídicos, em que a vontade humana é relevante na produção de efeitos.

(****) O art. 946-2 do novo C. C. prevê igualmente um caso de conversão legal automática. No domínio do Código de Seabra, o Prof. Manuel de Andrade (*Teoria geral da relação jurídica*, II, p. 436) apontava como casos desta figura o art. 1801 e ainda o art. 626, § 2.º do C. Comercial. No mesmo sentido, Prof. Galvão Telles: *Manual dos contratos em geral*, 3.ª ed., p. 345. Sobre a figura da conversão veja-se ainda Prof. Raúl Ventura: *A Conversão dos actos jurídicos no direito romano*, Lisboa, 1947, pp. 107 ss.

das construções» têm legitimidade material (95) para arguir esta nulidade (art. 1416-2).

3. B) *Constituição da propriedade horizontal*

Nos termos do art. 1417 são factos jurídicos idóneos para constituir o regime da propriedade horizontal relativamente a certo edifício, o negócio jurídico, a usucapião e a decisão judicial, proferida em acção de divisão de coisa comum (arts. 1052 ss. C. P. C.) ou em processo de inventário (arts. 1326 ss. do mesmo diploma).

Em relação ao correspondente artigo do Anteprojecto do Prof. Pires de Lima (art. 119), o art. 1417 enumera mais um facto constitutivo da propriedade horizontal, a usucapião. Não pode deixar de lamentar-se, acompanhando o Prof. Oliveira Ascensão, a técnica seguida de incluir os factos constitutivos ou extintivos dos diversos direitos reais caso a caso, conforme se expõe a disciplina jurídica de cada um, em vez de se estabelecer uma parte geral sobre as vicissitudes da dinâmica dos diferentes direitos (96).

Antes de examinar os diferentes factos constitutivos do regime de propriedade horizontal, parece ter de acentuar-se preliminarmente um ponto: são coisas diversas a constituição do regime de propriedade horizontal relativamente a todo um edifício e a constituição ou a aquisição da propriedade de um andar ou outra fracção autónoma (e acessoriamente a aquisição da compropriedade sobre as partes comuns) num edifício — necessariamente em regime de propriedade horizontal (97).

Começemos por examinar cada um dos factos constitutivos de per si:

(95) Veja-se Prof. Castro Mendes: *Direito processual civil*, I, ed. AAFDL, 1967-1968, pp. 489-9, n. (1).

(96) *Lições de direitos reais*, pp. 33-34.

(97) Compreende-se assim, por exemplo, o teor do art. 76 do C. Notariado: «Nenhum instrumento pelo qual se transmitam direitos ou contraíam encargos sobre fracções autónomas de prédios em regime de propriedade horizontal pode ser lavrado sem que se exhiba documento comprovativo da inscrição no registo predial do respectivo título constitutivo».

I) O *negócio jurídico*

Antes de mais, podem ser negócios constitutivos do regime de propriedade horizontal o testamento (negócio unilateral) e ainda a partilha extrajudicial e a divisão amigável de coisa comum (extrajudicial).

No art. 2 do dec.-lei 40 333 indicava-se como facto jurídico constitutivo o negócio jurídico «incluindo a partilha extrajudicial» e o § 2.º do art. 4 referia-se expressamente ao testamento. O novo Código Civil refere-se apenas a negócio jurídico mas nada parece afastar dessa expressão negócios como os atrás apontados.

Além deles, pode o estabelecimento do regime de propriedade horizontal relativamente a certo edifício fazer-se através de um negócio jurídico unilateral típico, embora inominado (⁹⁸), pelo qual o proprietário ou proprietários desse edifício entendem sujeitá-lo ao regime previsto nos arts 1414 ss. do Código Civil, operando um parcelamento jurídico de uma coisa e atribuindo assim idoneidade às fracções autónomas para serem objecto de diferentes direitos de propriedade, a constituir em seguida ou no futuro.

Segundo nos parece a sujeição de um edifício ao regime de propriedade horizontal através de um negócio jurídico realizado com esse fim, embora não seja um acto de administração, como pretende o Dr. Armando Guerra (⁹⁹), não pode igualmente ser classificada como um acto de disposição. Tais actos de administração e de disposição têm, como ensina Manuel de Andrade, de dizer «respeito a gestão ou gerência do património administrado» (¹⁰⁰). Tal como relativamente a uma doação não faz sentido dizer que é acto de administração nem de disposição,

(⁹⁸) O Prof. Pessoa Jorge, em *Lições de direito das obrigações*, 1966-1967, ed. da AAFDL, pp. 171-172, distingue entre as classificações de negócios típicos-atípicos; *nominados-inominados*.

(⁹⁹) *Considerações acerca do título constitutivo da propriedade horizontal*, in *Revista de Notariado, Registo Predial e Crítica Jurídica*, 39, pp. 72.

(¹⁰⁰) *Teoria geral da relação jurídica*, II, p. 64.

porque é um acto estranho à gestão ou gerência do património do doador ⁽¹⁰¹⁾, igualmente parece-me carecer de significado dizer que o acto de sujeição de um edifício ao regime de propriedade horizontal, limitando-se este a conferir idoneidade como objecto de direito reais autónomos a partes de uma coisa, (que de outro modo não teriam tal idoneidade) é um acto de administração. É antes um acto que modifica a situação jurídica objectiva de um edifício. Acto de disposição será, por exemplo, o negócio por que se aliene onerosamente uma ou mais fracções autónomas do edifício em propriedade horizontal, pois que por esse acto se altera a composição do património de uma pessoa «quanto a elementos estáveis do património, aqueles cuja utilização se não faz normalmente pela sua alienação» ⁽¹⁰²⁾.

Parece ser altura de distinguir a constituição do regime de propriedade horizontal relativamente a um edifício já construído — constituição «*por adaptação*» de prédio já existente — e a constituição do regime relativamente a prédio ainda não construído, por destinação feita no projecto do edifício a construir.

A constituição por destinação feita no projecto vinha expressamente prevista no dec.-lei 40 333, no art. 2, 3. Aí se considerava poder ser constituído o regime em questão «por destinação do prédio, prevista no respectivo projecto, à venda de fracções autónomas, a pronto pagamento ou em prestações (...)», devendo entender-se que o título constitutivo era, neste caso, «a decisão administrativa que aprovar o projecto do prédio» (art. 2, § único, n. 3), e o § 1.º do art. 4, no início, dispunha que «se o prédio for construído propositadamente para ser vendido em fracções nos termos do art. 2, será este requisito considerado na aprovação do respectivo projecto [...]».

Comparando o art. 2 do dec.-lei 40 333 com o art. 1417-1 do novo Código, verifica-se que este afastou indubitavelmente

⁽¹⁰¹⁾ Prof. Manuel de Andrade: *ob. cit.*, II, p. 64.

⁽¹⁰²⁾ Prof. Castro Mendes: *Direito civil* (teoria geral), II, pp. 42-3. Segundo este autor, «são actos de administração os actos de uso e fruição normal do património, incluindo nesses actos a venda de coisas cujo destino normal económico se traduz na sua alienação (os frutos dum pomar, por exemplo)», p. 42.

como acto constitutivo do regime de propriedade horizontal a decisão administrativa de aprovação do projecto de construção.

Mas no art. 110 do C. R. Predial vigente prevê-se o modo de levar a registo a constituição da propriedade horizontal, através da apresentação do respectivo título constitutivo desde que contenha as especificações exigidas pelo art. 1418 do C. C.. No n. 3 do art. 110 do C. R. Predial determina-se que sendo o título constitutivo negocial, este deve ser apresentado na conservatória competente «acompanhado de documento passado pela câmara municipal, comprovativo de que as fracções autónomas satisfazem aos requisitos legais».

O n. 4 do art. 110 acrescenta: «Tratando-se de prédio construído para venda em fracções autónomas, a apresentação do documento a que se refere o número anterior pode ser substituída pela exibição do respectivo projecto de construção, aprovado pela câmara municipal».

No caso previsto no art. 110-4 do C. R. Predial, o título constitutivo parece ter de ser o negócio jurídico, já que a usucapião e as decisões judiciais não podem constituir este regime relativamente a edifício não construído.

Neste caso, nada impede que o construtor do edifício, tendo o projecto do seu prédio sido aprovado pela entidade competente e manifestando-se aí a destinação a alienação futura de fracções autónomas em regime de propriedade horizontal, faça registar provisória ou definitivamente esse regime relativamente ao prédio em construção ou já construído mas não vendido ainda por andares ou outras fracções autónomas, desde que exhiba o documento que titula o negócio (unilateral) em que manifesta a vontade de constituir o dito regime — pois que hoje a decisão administrativa de aprovação não é, como era no domínio do dec.-lei 40 333, facto constitutivo da propriedade horizontal.

Quando a propriedade horizontal seja constituída por testamento, por partilha extrajudicial ou por divisão amigável, no mesmo negócio confundem-se, ao menos cronologicamente, a constituição do regime de propriedade horizontal relativamente a todo o prédio e a atribuição das fracções autónomas aos diversos sujeitos, através da constituição de direitos reais autónomos

sobre estas fracções (constituição de direitos de propriedade incindivelmente ligados a direitos de compropriedade formando um direito real complexo que temos designado também por propriedade horizontal).

Quando a propriedade horizontal, enquanto regime que afecta um edifício, for constituída por um negócio unilateral realizado pelo proprietário (ou proprietários) do edifício, sem que se siga imediatamente a alienação das fracções a diversos sujeitos, parece que o proprietário continua a ter um direito de propriedade sobre um edifício indiviso e não uma pluralidade de direitos de propriedade sobre a totalidade das fracções autónomas. Se passar a haver pelo menos dois proprietários de fracções autónomas, ainda que um reúna em si a titularidade de todas as fracções exceptuada a do outro, então passam também a existir direitos de propriedade horizontal e entra em funcionamento o regime previsto nos arts. 1414 ss.

Após a constituição do regime de propriedade horizontal, e depois da inscrição no registo predial do respectivo título constitutivos, nos termos do art. 76 do C. Notariado, podem os notários lavrar os instrumentos pelos quais «se transmitam direitos ou contraíam encargos sobre fracções autónomas».

Qual a forma que devem revestir os negócios constitutivos do regime de propriedade horizontal?

Quando se trata de testamento, é evidente que a forma tem de ser uma das admitidas por lei. No caso de partilha extrajudicial ou divisão amigável de edifício comum a forma a adoptar é a de escritura pública (art. 89, *a*) e *p*) do C. Notariado).

E quando se trate de negócio jurídico diferente destes, nomeadamente do negócio típico e inominado de constituição (unilateral) do regime de propriedade horizontal?

Discutia-se anteriormente a 1966, principalmente no domínio do registo predial, se o título negocial devia ser sempre escritura pública ou podia ser também o instrumento notarial avulso. Para esta última tese se inclinava em 1966 o Dr. Armando Guerra ⁽¹⁰³⁾ apesar de ter anteriormente defendido a opinião

⁽¹⁰³⁾ *Considerações acerca do título constitutivo da propriedade horizontal*, na *Revista do Notariado*, cit. 39 (1966), pp. 68 a 75.

contrária (104).

Embora o interesse da questão seja fundamentalmente de ordem prática, parece-me mais curial ser exigida a escritura pública, não por raciocínio por maioria de razão a partir do art. 1419-1 do Código Civil mas por interpretação extensiva da alínea a) do art. 89 do C. Notariado, pois que entre os actos que importam a constituição do direito de propriedade, parece estar incluído o negócio constitutivo do regime da propriedade horizontal, sendo esta tratada num capítulo do título que se ocupa em geral da propriedade. Reconhecemos todavia a fraqueza do argumento e é dubitativamente que nos inclinamos para esta solução (105).

Finalmente, no que respeita aos negócios idóneos para transmitir a propriedade sobre uma fracção autónoma, deve apenas dizer-se que têm de ser negócios reais «*quoad effectum*», como o testamento, a doação ou a compra e venda, devendo ter, fora do caso do testamento, a forma de escritura pública, por força da alínea a) do art. 89, já que o andar é uma fracção de uma coisa imóvel.

II) A usucapião

Nos termos do art. 1417-1, como novidade, surge a usucapião como facto constitutivo deste regime.

Pròpriamente a usucapião parece ser facto constitutivo do direito de propriedade sobre o andar (e da compropriedade sobre as partes comuns), nos termos do art. 1287 do C. C. Só que a declaração da usucapião relativamente a uma fracção autónoma de um edifício não submetido ainda ao regime da pro-

(104) *Da Propriedade horizontal e da Propriedade superficiária*, pp. 71 a 94.

(105) O Dr. Alberto Catarino Nunes, em *Código do Registo Predial anotado*, 1968, p. 59, após esclarecer que era corrente antes de 1966, exigir-se apenas o instrumento notarial avulso, afirma que «hoje, em face da alínea b) do art. 83 do C. R. Predial, é da mais elementar prudência exigir a escritura pública». Tal argumento derivado da prudência não tem, é claro, relevância jurídica em si mesmo.

priedade horizontal, implica necessariamente a constituição do regime de propriedade horizontal relativamente a todo o edifício. É assim a usucapião um facto constitutivo de eficácia indirecta, se é lícito exprimirmo-nos assim. Pela usucapião adquire-se o direito de propriedade sobre uma fracção autónoma: se o prédio não estiver ainda submetido ao regime, indirectamente a sentença declarativa da usucapião declara constituído (mas não constitui) o regime de propriedade horizontal.

Levada a registo é apenas a sentença que declarou a usucapião. «A sentença deve definir toda a situação que lhe foi proposta. Por isso dirá que, por efeito de usucapião, o prédio se encontra dividido em tantas fracções autónomas, que especificará (Código Civil, art. 1418: serão especificadas as partes do edifício correspondentes às várias fracções), com tais valores relativos ao total e estas percentagens ou permilagens» (106).

III) *A decisão judicial, proferida em acção de divisão de coisa comum ou em processo de inventário*

São ainda factos constitutivos do regime da propriedade horizontal as decisões judiciais proferidas nos processos de inventário (arts. 1326 ss. C. P. C.) e nas acções de divisão de coisa comum (arts. 1052 ss. C. P. C.). São casos de sentenças constitutivas de um regime que afecta a situação jurídica de um edifício (107).

É, pois, a própria decisão que é levada a registo acompanhada, no caso de acção de divisão de coisa comum, pelo acto pericial a que se refere o n. 1 do art. 1052 do C. P. C. e, havendo opposição, pela sentença proferida sobre a opposição

(106) Dr. A. Catarino Nunes: *Código cit.*, pp. 335-6. Acrescenta este autor: «Não vemos como possa ser de outra maneira ou que a acção possa ser intentada em termos diversos».

(107) As acções de divisão de coisa comum e a exercida no processo de inventário são acções declarativas constitutivas, previstas no art. 42-c) C. P. C. Veja-se Prof. Anselmo de Castro: *Lições de processo civil*, I, pp. 198-199.

(art. 1053-1 do C. P. C.) ⁽¹⁰⁸⁾.

No processo de inventário, além da sentença é apresentado no registo o auto de conferência dos interessados previsto no art. 1352 do C. P. C., onde se tenha decidido a respectiva constituição.

Nos termos do n. 2 do art. 1417 do C. C., «a constituição da propriedade horizontal por decisão judicial pode ter lugar a requerimento de qualquer consorte, desde que no caso se verifiquem os requisitos exigidos pelo art. 1415. Resolve-se assim expressamente um problema que fora suscitado no domínio do dec.-lei 40 333, o qual não previa a hipótese. Um acórdão da Relação de Lisboa entendera que na acção de divisão da coisa comum só se podia estabelecer o regime de propriedade horizontal se houvesse acordo entre todos os consortes ⁽¹¹⁰⁾. Em sentido diverso, certamente por entender que na propriedade horizontal o que era principal era a propriedade singular do andar, embora esta implicasse a existência de partes comuns indivisas, sendo os condóminos obrigados a permanecer na indivisão quanto ao acessório (as partes comuns), o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22-4-1959 ⁽¹¹⁰⁾ decidira que era lícito a um ou todos os consortes de prédio indiviso requerer a divisão do edificio em regime de propriedade horizontal «desde que as fracções» fossem «susceptíveis de constituir unidades independentes».

IV) *A constituição sobre edificio alheio, no exercício de um direito de superfície*

Finalmente parece-nos ter de indicar-se um quarto facto constitutivo do regime de propriedade horizontal que não vem indicado no art. 1417-1.

É a construção de andar ou outra fracção autónoma sobre

⁽¹⁰⁸⁾ Veja-se Dr. A. Catarino Nunes: *Código cit.*, p. 336.

⁽¹⁰⁹⁾ Acórdão da Relação de Lisboa, de 12-11-1958, cit. por Dr. Armindo Guerra: *ob. cit.*, p. 75.

⁽¹¹⁰⁾ Publicado no *B. M. J.*, 87, pp. 372 ss.

edifício alheio, no exercício de um direito de superfície.

Vem este facto constitutivo previsto no art. 1526 do Código Civil, no título que se ocupa do direito de superfície.

Diz este artigo, epigrafado de «direito de construir sobre edifício alheio»:

«O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condómino das partes referidas no artigo 1421».

Este caso é bastante curioso. Sobre edifício, sujeito ou não ao regime de propriedade horizontal, é constituído um direito de superfície que cria em favor do superficiário o poder de construir um andar sobre tal edifício — este direito de superfície está sujeito às disposições gerais dos arts 1524 ss. e, além disso, às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal (constantes, por exemplo, dos arts. 1414, 1415 e 1416).

Levantado o edifício, construído, pois, o andar sobre o edifício existente, o superficiário passa a ter um direito de propriedade sobre a obra que construiu, como é regra geral, e um direito de compropriedade sobre as partes comuns, previstas no art. 1421, nomeadamente sobre o solo, as escadas, os patamares, etc.

Surge-nos, pois, consoante a norma do art. 1526, um regime de propriedade horizontal anteriormente não existente ou o regime de propriedade horizontal a que está sujeito já o edifício estende-se ao andar construído pelo superficiário. No primeiro caso o facto constitutivo do regime de propriedade horizontal parece ser complexo e de formação sucessiva ⁽¹¹¹⁾: negócio constitutivo do direito de construir sobre prédio alheio (que é um direito de superfície) e facto de construção do andar ou obra sobre edifício alheio, no exercício de um direito de superfície.

(111) Veja-se Prof. Galvão Telles: *Manual dos contratos em geral*, pp. 25-8, e *Teoria geral do fenómeno jurídico sucessório*, Lisboa, 1944, pp. 11 ss.

4. *Requisitos do título constitutivo. Sua inscrição no registo predial. Modificações. O regulamento de compropriedade.*

O art. 1418 exige que o título constitutivo individualize as fracções, especificando «as partes do edifício correspondentes às várias fracções», devendo ser fixado o valor relativo de cada fracção, expresso em percentagem ou permilagem do valor total do prédio. O registo da constituição da propriedade horizontal efectua-se em face do respectivo título, desde que dele constem as especificações exigidas por este artigo (C. R. Predial, art. 110-1).

Se o título constitutivo não satisfizer as exigências do número anterior, poderá, nos termos do n. 2 do art. 110 do C. R. Predial, ser completado por acordo dos interessados, expresso em documento autêntico, ou por arbitramento judicial.

Na vigência do regime de propriedade horizontal, pode ser modificado o título constitutivo por escritura pública, havendo acordo de todos os condóminos, devendo no entanto, sob pena de nulidade arguível pelas entidades previstas no n. 2 do art. 1416, ser observado o disposto no art 1415. A modificação introduzida no título deve ser inscrita no registo predial, nos termos do art. 111 do Código respectivo.

O título constitutivo é o mínimo que a lei exige no tocante à individualização de fracções. Podem porém os condóminos elaborar um regulamento da compropriedade das partes comuns, que será, no dizer do Dr. Armando Guerra «um autêntico estatuto pel o qual se regerá a comunidade existente no edifício» ⁽¹¹²⁾. Apesar de o relatório do dec.-lei 40 333 entender ser «altamente desejável que uma grande parte dos interessados trate de definir preliminarmente o estatuto da sua propriedade» e de o art. 1433 prever a impugnação de deliberações das assembleias dos condóminos quando contrárias à lei ou aos regulamentos anteriormente aprovados, não se exige como no direito francês (art. 8 da lei de 28-6-1938) ou no direito ita-

⁽¹¹²⁾ *Da Propriedade horizontal e da Propriedade superficiária*, 2.ª ed., p. 79.

liano (art. 1138 do Código Civil) que as partes tenham de elaborar um regulamento.

A ser elaborado o regulamento deve constar de documento autêntico, segundo opina o Dr. Armando Guerra, «e pode revestir a forma de uma convenção geral unânimemente aceite por todos os comproprietários, ou a forma de adesão por parte de cada um dos interessados» (113).

Nesse regulamento definir-se-ão em especial os bens e serviços comuns, a forma de repartir os encargos com os serviços de porteiro e outros, os direitos e obrigações dos vários condóminos, dado que o regime legal é em certos pontos supletivo (por exemplo, art. 1424, n. 1, proémio) e não apresenta um grau de minúcia, incompatível com a sua generalidade é certo, mas que é necessário, muitas vezes, à vida em comum dos condóminos (114).

5. C) *Natureza e objecto do direito complexo de propriedade horizontal*

Sobre esta matéria é importantíssimo o art. 1420 do Código Civil, que sucedeu ao art. 10 do dec.-lei 40 333, e que dispõe:

«1. Cada condómino é proprietário exclusivo da fracção que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício.

2. O conjunto dos dois direito é incindível; nenhum deles pode ser alienado separadamente, nem é lícito renunciar à parte comum como meio de o condómino se desonerar das despesas necessárias à sua conservação ou fruição».

Qualquer destes direitos subjectivos tem natureza real e incide sobre uma parte ou fracção de coisa e não sobre uma coisa jurídica na sua unidade. Encarando os direitos na sua unidade incindível (o que se chama o direito real complexo de propriedade horizontal), constituem objecto desse direito partes

(113) *Ob. cit.*, p. 79.

(114) *Veja-se um exemplo de modelo de regulamento de compropriedade em Dr. A. Guerra: ob. cit.*, pp. 175 a 185.

de uma coisa, as fracções autónomas e as partes comuns, que não parecem dever qualificar-se isoladamente como coisas jurídicas, embora a amplitude da definição de coisa contida no n. 1 do art. 202 do Código Civil o permitisse talvez fazer. Mesmo sem perfilhar uma concepção pré-legal de coisa, tal como a defendida pelo Prof. Oliveira Ascensão ⁽¹¹⁵⁾, achamos que se pode afastar das noções «naturalísticas» dos Profs. Dias Marques e Manuel de Andrade as ideias de fracção autónoma e parte comum.

Segundo a lei civil, «coisa» é o prédio urbano que a nossa lei qualifica de imóvel (art. 204-2). Por outro lado, a técnica registral encaminha-nos no sentido de considerar como coisa todo o edifício e não cada uma das fracções autónomas ou as partes comuns. Relativamente aos prédios em regime de propriedade horizontal, dispõe o nosso Código do Registo Predial que haverá apenas uma descrição (art. 149-1, e conjugado com o art. 148-1). Como diz o Dr. Emídio Ferreira de Almeida, «a circunstância de o prédio ter sido considerado em regime de propriedade horizontal respeita à sua situação jurídica, não importando para a sua identificação física, económica ou fiscal» ⁽¹¹⁶⁾. Ressalta assim a particularidade de se tratar de um «parcelamento» jurídico, meramente conceitual, diverso da partição material das coisas divisíveis ⁽¹¹⁷⁾. A lei dividiu as coisas imóveis em prédios rústicos e urbanos. *Tertium non datur*. «Não há possibilidade, por mais esforços que se façam, de fazer compreender entre os prédios urbanos os simples andares duma casa. O andar é necessariamente parte duma coisa» ⁽¹¹⁸⁾.

Assente pois que coisa em sentido jurídico é o prédio urbano e não cada um dos andares, devemos notar que a lei considera objecto do direito de propriedade de cada condómino a fracção autónoma que obedeça aos requisitos dos arts. 1414 e 1415.

Objecto dos direitos de compropriedade são as partes comuns

⁽¹¹⁵⁾ *Lições de direitos reais*, pp. 71 e 72.

⁽¹¹⁶⁾ *Práticas de Registo Predial e Comercial*, 1968, p. 54.

⁽¹¹⁷⁾ Prof. Oliveira Ascensão: *As Relações jurídicas reais*, p. 131.

⁽¹¹⁸⁾ Prof. Oliveira Ascensão: *As Relações jurídicas reais*, p. 133.

do prédio. O sistema que o art. 1421 utiliza é o seguinte: no n. 1 estabelece quais as partes que têm de necessariamente ser comuns: o solo, bem como os alicerces, colunas, pilares, paredes meias e todas as restantes partes que constituem a estrutura do prédio; o telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso do último pavimento; as entradas, vestíbulos, escadas e corredores ou a passagem comum a dois ou mais condóminos; as instalações gerais de água, electricidade, aquecimento, ar condicionado e semelhantes.

No n. 2 do mesmo art., estabelece-se a presunção (ilidível nos termos gerais do art. 350-2) de que são comuns os pátios e jardins anexos ao edifício; os ascensores, as dependências destinadas ao uso e habitação do porteiro, as garagens e «em geral, as coisas que não sejam afectadas ao uso exclusivo de um dos condóminos» — por exemplo, os estendais de roupa, existentes no terraço. No título constitutivo do regime devem estar determinados quais destes elementos que a lei presume comuns pertencem apenas a um ou alguns dos condóminos.

O n. 2 do art. 1420, que reproduz a doutrina do § único do art. 10 e dos arts. 25 e 26 do dec.-lei 40 333, estabelece que «o conjunto dos dois direitos é incindível; nenhum deles pode ser alienado separadamente nem é lícito renunciar à parte comum como meio de o condómino se desonerar das despesas necessárias à sua conservação ou fruição».

6. *Direitos e encargos dos condóminos*

Num edifício sujeito ao regime de propriedade horizontal em que existe uma pluralidade de propriedades exclusivas sobre fracções autónomas com diferentes titulares, surgem conflitos de direitos a partes da coisa, «a cumulação de propriedade, na unidade da coisa, faz surgir necessariamente conflitos» ⁽¹¹⁹⁾.

Surgem-nos aqui diversas relações jurídicas reais, na terminologia preconizada pelo Prof. Oliveira Ascensão, ou seja, relações jurídicas entre titulares de direitos reais, pelos quais se

(119) Prof. Oliveira Ascensão: *As Relações jurídicas reais*, p. 136.

procura efectuar uma composição de conflitos de direitos, neste caso, a partes da mesma coisa ⁽¹²⁰⁾.

Nos arts. 1422 a 1429 prevêem-se diversas formas de limitação de exercício de direitos reais, e diversas relações jurídicas entre os vários condóminos, muitas vezes gerando-se figuras de estrutura obrigacional ou de obrigações *propter rem* ⁽¹²¹⁾.

Nos termos do art. 1422, os condóminos nas «relações entre si», estão sujeitos, quanto às partes exclusivamente apropriadas e às partes comuns, às limitações impostas aos proprietários e aos comproprietários de coisas imóveis, estabelecendo a lei o desenho normativo de inúmeras obrigações ou débitos de prestação negativa como o de não prejudicar, quer por obras novas, quer por omissão de obras de reparação, a «segurança, a linha architectónica ou o arranjo estético do edificio»; ou de não destinar a sua fracção a usos ofensivos dos bons costumes ou de não lhe dar uso diverso do fim a que é destinada («fins de habitação, de actividade cultural, de actividade económica ou semelhantes» — como dispunha o art. 1 do dec.-lei 40 333). Pode o título constitutivo ou o acordo de todos os condóminos vedar a prática de quaisquer actos ou actividades na fracção autónoma.

Segundo a doutrina do art. 1424-1, são impostas obrigações de prestação positiva aos condóminos, em virtude da sua utilização das partes e serviços comuns. Esta disposição é supletiva («salvo disposição em contrário» do título constitutivo, de regulamento válido ou de deliberação da assembleia dos condóminos). Dispõe-se aí que «as despesas necessárias à conser-

⁽¹²⁰⁾ A utilização da expressão relação jurídica real neste sentido tem o grande inconveniente de criar confusão com concepções de relação jurídica que se têm mostrado doutrinariamente muito fecundas.

⁽¹²¹⁾ Exemplo flagrante é a obrigação de contribuir para os encargos de conservação das partes comuns (art. 1424-1). Segundo Planiol e Ripert, esta obrigação «constitui uma obrigação real de que o proprietário não poderia liberar-se declarando abandonar os seus direitos sobre as partes comuns, porque o uso da sua propriedade supõe necessariamente o gozo delas». (Picard, em *Traité*, III, p. 318). No mesmo sentido se pode raciocinar com base no nosso art. 1420-2.

vação e fruição das partes comuns do edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum são pagas pelos condôminos em proporção do valor das suas fracções».

Os ns. 2 e 3 deste art. estabelecem certas restrições a esta participação de todos os condôminos. Assim as despesas relativas aos diversos lanços de escadas ou às partes comuns do prédio que servem exclusivamente algum dos condôminos ficam a cargo dos que delas se servem. Igualmente nas despesas dos ascensores só participam os condôminos cujas fracções possam por eles ser servidas. Não há a notar aqui inovações quanto ao regime do art. 16 do dec.-lei 40 333.

Na tradição do disposto no art. 11, § único do diploma de 1955, o qual consagra doutrina diversa da preconizada no Parecer da Câmara Corporativa, dispõe o art. 1423 que os condôminos não gozam de direito de preferência legal na alienação de fracções do prédio, acrescentando-se depois que os condôminos não gozam igualmente do «direito de pedir a divisão das partes comuns» — este último princípio, aliás, não necessitava de ser expressamente acolhido no Código dado que decorre da própria natureza do instituto da propriedade horizontal; mas, no fim de contas, *quod abundat non nocet*.

Em matéria de inovações consagra o art. 1425-1 a regra de que tais obras dependem «da aprovação da maioria dos condôminos, devendo essa maioria representar dois terços do valor total do prédio». Quaisquer inovações não podem em caso algum prejudicar a utilização, por parte de algum dos condôminos, tanto de coisas próprias como das comuns (art. 1425-2). O art. 1426-1 estabelece que os critérios para repartição das despesas feitas com as inovações são os constantes do art. 1424. Os condôminos que não tenham aprovado a inovação só podem ser obrigados a compartilhar nos encargos dela resultantes se a sua recusa for judicialmente considerada infundada, sendo sempre fundada a recusa «quando as obras tenham natureza voluptuária ou não sejam proporcionadas à importância do edifício» (art. 1426-3) ⁽¹²²⁾.

(122) Apesar de a recusa ter sido considerada fundada, o respectivo

O art. 1427 dá legitimidade a qualquer condómino para empreender as reparações indispensáveis e urgentes quando se verifique a falta ou impedimento do administrador.

O art. 1428 prevê o caso de destruição de um edifício sujeito ao regime de propriedade horizontal, sendo a doutrina acolhida a consagrada anteriormente nos arts. 20 e 21 do dec.-lei 40 333.

Estabelece-se no n. 1 que no caso de destruição do edifício ou de parte que represente pelo menos três quartos do seu valor, qualquer dos condóminos tem o direito potestativo de exigir a venda do terreno e dos materiais, pela forma que a assembleia vier a designar — é, pois, um caso de extinção do regime da propriedade horizontal.

Já se a destruição atingir uma parte menor (inferior a três quartos do valor do edifício), pode a assembleia dos condóminos deliberar «pela maioria do número dos condóminos e do capital investido, a reconstrução» do imóvel, podendo os condóminos que não queiram participar na reconstrução ser obrigados a alienar as suas fracções a outros condóminos pelo valor convencional ou judicialmente estabelecido, tendo a possibilidade neste caso de escolher o condómino ou condóminos a quem a transmissão deve ser feita (ns. 2, 3 e 4 do art. 1428).

No seguimento do disposto no art. 22 do dec.-lei 40 333, dispõe o art. 1429 que «é obrigatória a realização do seguro do edifício contra o risco de incêndio» ⁽¹²³⁾, podendo qualquer dos condóminos efectuar esse seguro quando o administrador o não tenha feito, «ficando com o direito de reaver de cada um dos outros a parte que lhe couber no prémio» (art. 1429-2).

Parece estar em vigor o art. 23 do dec.-lei 40 333 que considera título executivo nos termos do art. 46-d) do C. P. C.

condómino poderá «a todo o tempo participar nas vantagens da inovação, mediante o pagamento da quota correspondente às despesas de execução e manutenção da obra» (n. 4 do art. 1426).

(123) «A apólice de seguros dos edificios em regime de propriedade horizontal não é documento necessário para o registo de constituição de propriedade naquele regime» — Dr. E. Ferreira de Almeida: *Práticas de Registo Predial e Comercial*, p. 80.

«a acta da sessão que tiver deliberado quaisquer despesas» contra o proprietário que tiver deixado de entregar, no prazo estabelecido, a sua quota-parte, a que acrescerão os juros de mora. Em sentido contrário poder-se-á argumentar com o art. 7-2, *in fine* do C. C. Contudo parece que se trata de uma disposição de ordem processual que terá sido poupada pelo novo Código.

Já o art. 24 do mesmo diploma, que estabelecia um privilégio mobiliário especial que garantia o crédito por encargos derivados do regime de propriedade horizontal, parece estar revogado pelo art. 8, n. 1 do dec.-lei 47 344, de 25-11-1966 que aprovou o novo Código Civil.

7. D) *Administração das partes comuns do edificio*

Vem esta matéria regulada nos arts. 1430 e 1438 do C. C.

Compreende-se que dadas as estreitas relações que interligam os condóminos num edificio sujeito a propriedade horizontal, em que os mesmos têm de utilizar conjuntamente as partes comuns, a lei tenha de desenhar uma organização que permita assegurar a administração dessas partes comuns.

Ao contrário do direito francês que entendeu dever personalizar o substrato dos condóminos, formando um *syndicat*, seguiu a nossa lei, à semelhança dos direitos espanhol e italiano, outro sistema: o conjunto dos condóminos forma o substrato pessoal de um ente não personalizado de mera gestão das partes comuns. Estamos na presença de um ente *de facto* que tem por órgãos a assembleia dos condóminos e o administrador (art. 1430-1). Este *ente de facto* tem como se disse, por substrato pessoal a pluralidade de condóminos, proprietários das fracções autónomas e comproprietários das partes comuns e não tem autonomia patrimonial. O administrador exerce em certos casos uma representação unitária de todos os condóminos (arts 1436-i e 1437).

Como se acaba de dizer a lei parece organizar a administração das partes comuns do edificio tendo por modelo uma pessoa colectiva de tipo corporacional, embora não atribua persona-

lidade à associação dos condóminos. Há aqui, em certa medida, uma realidade análoga à associação não personalizada, tal como é prevista nos arts. 195 a 198 do C. C. Assim se compreende também a referência a órgãos administrativos no art. 1430. Só que a associação não personalizada pode vir a ser reconhecida como pessoa colectiva, sendo-lhe então atribuída personalidade jurídica, enquanto que a associação dos condóminos nunca pode no nosso direito ter personalidade jurídica. É um «ente de mera gestão» não personalizado que exhibe, no dizer de Messineo ⁽¹²⁴⁾, alguns instrumentos de personalização, *maxime* os órgãos.

1) *A assembleia*

A assembleia é um órgão colegial formado pela totalidade de proprietários das fracções autónomas, os condóminos, tendo cada um destes «tantos votos quantas as unidades inteiras que couberem na percentagem ou permilagem» referida no art. 1418. É o que se acha disposto no n. 2 do art. 1430 e, anteriormente, no art. 28 do dec.-lei 40 333. Se a fracção autónoma estiver na titularidade de vários comproprietários, o conjunto de vontades deste funcionará como se tratasse de um todo único (veja-se o lugar paralelo do art. 9 da Lei das Sociedades por Quotas, de 11-4-1901 ⁽¹²⁵⁾).

A assembleia reúne ordinariamente na primeira quinzena de Janeiro, mediante convocação do administrador. Nessa reunião são discutidas e aprovadas as contas respeitantes ao último ano e aprova-se o orçamento das despesas a efectuar durante o ano.

No art. 1431-2, prevêem-se ainda reuniões extraordinárias convocadas pelo administrador ou por condóminos que representem pelo menos 25 % do capital investido. No artigo 1438 prevê-se a convocação de assembleia extraordinária pelo condómino que recorra de um acto do administrador. Os condó-

⁽¹²⁴⁾ Ob. cit., II, 1, p. 520.

⁽¹²⁵⁾ Dr. Armando Guerra: ob. cit., p. 160.

minos podem fazer-se representar na assembleia por procurador (art. 1431-3).

A assembleia é convocada por meio de carta registada com aviso de recepção, enviada com 10 dias de antecedência. Nela se indicará o dia, hora e local da reunião.

Em regra, as deliberações são tomadas por maioria dos votos representativos do capital investido. Porém, no caso de destruição total do edifício ou de parte que represente pelo menos $3/4$ do seu valor, exige a lei que a deliberação que estabeleça a sua reconstrução seja tomada por unanimidade. No caso de destruição parcial inferior aos $3/4$ do valor, a reconstrução tem de ser deliberada pela dupla maioria do número dos condóminos e do capital investido no edifício (art. 1428, ns. 1 e 2).

O *quorum* da assembleia é representado pelo número de condóminos cujos votos sejam suficientes para se obter vencimento. Não se verificando *quorum* será convocada nova reunião nos 10 dias imediatos, «podendo neste caso a assembleia deliberar por maioria de votos dos proprietários presentes, desde que estes representem, pelo menos, um terço do capital» (art. 1432-3).

No art. 1433 prevê-se a impugnação das deliberações contrárias à lei ou aos regulamentos anteriormente aprovados. São os regulamentos já acima referidos, de administração das partes comuns ou da compropriedade. A lei não trata especificamente da figura do regulamento. Este não parece ter carácter contractual mas meramente regulamentar, objecto de uma deliberação da assembleia dos condóminos, nada impedindo que o título constitutivo exija a deliberação por unanimidade quando se trate deste tipo de regulamento. Se nada disse o título, parece que poderá ser aprovado por maioria (art. 1432-3). Este regulamento poderá também ser estabelecido no título constitutivo, devendo cada condómino aderir a ele unilateralmente.

Quanto às deliberações da assembleia, a sua natureza jurídica parece-nos ser negocial. Tratar-se-á de negócios contratuais, ou antes, de negócios unilaterais, como pretende o Prof. Galvão

Telles? ⁽¹²⁶⁾. A tese da contratualidade parece ser de afastar. Pode é discutir-se se se trata de negócios unilaterais em que «a maioria-calculada com base no número de votantes ou no valor dos interesses que representam, e, num e noutro caso, absoluta ou qualificada — impõe o seu querer à minoria, e por isso o que decidir vale como decisão do grupo, como *vontade única*» ⁽¹²⁷⁾; ou se, pelo contrário, estaremos perante um tipo negocial autónomo, a deliberação (*Beschluss*), como pretendem Von Tuhr, Enneccerus e Lehmann. Achamos que a segunda tese retrata mais fielmente a realidade. A deliberação será um negócio autónomo pelo qual uma pluralidade de pessoas decide por maioria ou por unanimidade sobre interesses próprios comuns (sociedade civil não personalizada, propriedade ou propriedade horizontal) ou alheios (sociedade e outros antes jurídicos dotados de personalidade). Embora se não ignore a dificuldade de construção da figura, que não é geralmente aceita entre nós, parece dever adoptar-se neste caso. Nomeadamente, o seu interesse reside em a deliberação não valer «como vontade dos que nela participaram, mas sim como vontade da respectiva colectividade (da comunidade), e em regular ela apenas as relações internas do mesmo agrupamento, só podendo vir a influir nas relações externas através de actos ou negócios jurídicos a praticar pelos respectivos órgãos representativos ou representantes» ⁽¹²⁸⁾.

O art. 1433 comina do vício de anulabilidade as deliberações da assembleia contrárias à lei ou a regulamento anteriormente aprovado, tendo legitimidade para propor a acção de anulação o condómino que as não tenha aprovado. O direito de acção caduca no curtíssimo prazo de 20 dias, contados desde a deliberação, quanto aos condóminos presentes, ou da sua comunicação aos que estivessem ausentes.

Podem também ser suspensas as deliberações da assembleia,

⁽¹²⁶⁾ *Manual dos contratos em geral*, 3.ª ed., pp. 21 e 22.

⁽¹²⁷⁾ Prof. Galvão Telles: *ob. cit.*, p. 22.

⁽¹²⁸⁾ Prof. Manuel de Andrade: *Teoria geral da relação jurídica*, II, p. 40-41.

nos termos do n. 3 do art. 1433, através do procedimento cautelar especial regulado nos arts. 396 a 398 do C. P. C. «suspensão de deliberações sociais» — (art. 398 C. P. C.). Neste caso é citado para contestar o representante judiciário dos condôminos na acção de anulação, o administrador ou pessoa que a assembleia designar para esse efeito (art. 398-2 do C. P. C. e art. 1433-2 do C. C.).

A assembleia pode ainda estabelecer a obrigatoriedade de compromissos arbitrais para a resolução de litígios entre condôminos ou entre condôminos e o administrador. Também parece admissível que no título constitutivo ou no regulamento de compropriedade esteja consagrada uma cláusula compromissória, nos termos do art. 1513 do C. P. C., a qual admitirá execução específica judicial, como opina o Prof. Castro Mendes ⁽¹²⁹⁾.

Pode também a assembleia estabelecer penas pecuniárias como sanção da inobservância das disposições do Código Civil, das deliberações da assembleia ou das decisões do administrador. O montante de tais penas não excederá, porém, em caso algum «a quarta parte do rendimento colectável anual da fracção do infractor» (art. 1434-2).

II) O administrador

O órgão executivo da administração das partes comuns do edifício é o administrador eleito e exonerado pela assembleia dos condôminos. O período de investidura nas funções é de 2 anos, renováveis (art. 1435 ns. 1 e 4).

O cargo de administrador pode ser desempenhado por um condômino ou por terceiro e é remunerável.

Se a assembleia não elege o administrador, este será nomeado judicialmente pelo tribunal a requerimento de qualquer dos condôminos, nos termos do processo de suprimento previsto no art. 1428 do C. P. C. (art. 1435-2).

⁽¹²⁹⁾ *Direito processual civil*, I, ed. AAFDL, 1967-1968, p. 287, n. (1).
Veja-se também o art. 830 C. C.

O administrador pode ser exonerado pelo tribunal a requerimento de qualquer condómino «quando se mostre que praticou irregularidades ou agiu com negligência no exercício das suas funções» (art. 1435-3). O processo de exoneração está previsto no art. 1485 do C. P. C., dentro da secção que se ocupa dos processos de jurisdição voluntária de exercício de direitos sociais.

O art. 1436 traça o quadro de funções do administrador admitindo que a assembleia dos condóminos lhe atribua outras (art. cit., proémio).

Entre estas funções contam-se as de convocar a assembleia, fora dos casos anormais dos arts. 1431-2 e 1438.

Tem funções de carácter financeiro: elaboração dos orçamentos de receitas e despesas para cada ano, cobrança das receitas e realização das despesas comuns, exigência aos condóminos das respectivas quotas-partes nas despesas aprovadas (art. 1436, *b*), *d*) e *e*).

Cabe-lhe efectuar e manter o seguro obrigatório do edificio contra o risco de incêndio.

Além disso realiza os actos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns, podendo igualmente elaborar regulamentos de uso de coisas comuns e relativos a prestação dos serviços comuns — regulamentos que se não confundam com os regulamentos de compropriedade aprovados pela assembleia. Cabe-lhe ainda executar as deliberações da assembleia e representar o conjunto dos condóminos perante as autoridades administrativas.

Segundo o art. 1437, o administrador tem legitimidade indirecta ⁽¹⁰⁰⁾ para agir em juízo contra qualquer dos condóminos ou contra terceiro, na execução das funções que lhe pertencem ⁽¹⁰¹⁾ ou quando autorizado pela assembleia, podendo mesmo, se lhe forem por esta conferidos poderes especiais, intervir nas acções relativas a questões de propriedade ou posse dos bens comuns. Além disso, pode ser demandado nas acções

(100) Prof. Castro Mendes: *Direito processual civil*, I, p. 479.

(101) *Maxime* nas previstas do art. 1436, *e*) e *h*).

respeitantes às partes comuns do edifício.

Dos actos do administrador cabe recurso para a assembleia que pode neste caso ser convocada pelo condómino recorrente (art. 1438). A deliberação que resolver o diferendo pode ainda ser impugnada judicialmente com o fundamento de violação da lei ou regulamentos anteriormente aprovados, nos termos gerais do art. 1433.

Há ainda a referir a questão dos *livros do administrador*.

O Código Civil não refere hoje os livros que o administrador deve ter, ao invés do que acontecia com o art. 36 do dec.-lei 40 333.

Dada a semelhança de regulamentação entre o dec.-lei 40 333 e o Código Civil, poderia entender-se que está totalmente revogado aquele diploma (art. 7-2, C. C.). Mas como se trata de uma disposição de carácter regulamentar cremos que o art. 36 se encontra ainda em vigor.

O administrador terá de ter livros de receitas e despesas, de actas e de inventário dos bens de propriedade comum, enquanto novo diploma regulamentar não substituir os preceitos ainda em vigor do dec.-lei 40 333.

8. E) *Extinção do regime de propriedade horizontal*

O nosso Código Civil, tal como o dec.-lei 40 333, não dedica quaisquer disposições a esta matéria mas nem sequer por isso parece dever ser aqui omitida, já que, como nota Jean Car-bonnier, a propriedade horizontal é por natureza um instituto que levanta problemas de extinção quando o edifício se torna antiquado e necessidades urbanísticas impõem a sua demolição e nova construção.

Podem considerar-se, entre outros, como casos de extinção do regime:

1) *A destruição do edifício*

A destruição do edifício ou de parte que represente pelo menos $\frac{3}{4}$ do respectivo valor, salvo se se formar unanimidade

de vontade dos condóminos no sentido de iniciar a reconstrução, é um caso de extinção do regime, que se acha previsto no art. 1428, ainda que de modo indirecto.

Não se formando a aludida unanimidade, opera-se uma conversão, por efeito do desaparecimento do edifício, do regime de propriedade horizontal para o de propriedade normal do terreno (veja-se o art. 1428-1) e dos materiais que tenham subsistido, quer estes provenham de partes comuns quer provenham de fracções autónomas do edifício destruído.

II) *A concentração das propriedades singulares nas mãos duma só pessoa.*

Outro caso de extinção do regime de propriedade horizontal parece ser a concentração da propriedade das fracções autónomas na titularidade de uma só pessoa, que expressamente manifesta a vontade nesse sentido, nomeadamente cancelando no registo predial a inscrição do título constitutivo.

Como faz realçar Batlle Vazquez não deve aqui operar uma extinção automática, pois o mero facto de concentração pode significar um estado transitório de existência de um único condómino, o qual no entanto pode querer alienar oportunamente a outras pessoas as fracções autónomas, sem que deva estar sujeito a constituir de novo o regime ⁽¹³²⁾.

III) *Expropriação do edifício por utilidade pública*

A expropriação do edifício por utilidade pública parece ser também um facto extintivo do regime. Neste sentido se pronunciaram entre nós Cunha Gonçalves e o Dr. Armando Guerra.

Hipótese que nos parece difícil de verificar-se, não merecendo por isso autonomia, é a de execução fiscal do edifício e venda em hasta pública para solução das contribuições em

⁽¹³²⁾ Ob. cit., p. 185. No mesmo sentido Dr. Armando Guerra: *Estudo cit.*, in *Revista do Notariado cit.*, 39, p. 74

dívida ao Estado ⁽¹³³⁾, embora este goze de hipoteca legal sobre bens cujos rendimentos estão sujeitos à contribuição predial (art. 705 b) do C. C.) e, nos termos do art. 744 do mesmo diploma, goze de privilégio imobiliário especial sobre as diversas fracções autónomas do edifício em regime de propriedade horizontal.

Seria necessário que nenhum dos condóminos pagasse o imposto devido para se chegar a execução o que parece ser muito difícil de se verificar na prática. (*)

(133) Cunha Gonçalves: *Da Propriedade horizontal cit.*, p. 66.

(*) Segula-se a esta parte uma outra que versava sobre a regulamentação do direito de superfície no novo Código Civil (arts. 1524 ss.). A sua publicação far-se-á, possivelmente, em número ulterior da *Revista da Ordem dos Advogados*.

BIBLIOGRAFIA (*)

A) NACIONAL

ALMEIDA, Emídio Ferreira de: *Práticas de Registo Predial e Comercial*, 1968.

ANDRADE, Manuel de: *Teoria geral do direito civil*, I e II, Coimbra, 1960.

ASCENSÃO, José Oliveira: *As Relações jurídicas reais*, Lisboa, 1962; *Lições de direitos reais*, ed. AAFDL, Lisboa, 1966-1967.

CARREIRO, Paulo de Tarso Pacheco: *Origem, evolução e conceito actual do direito de superfície* (in *Rev. Ordem Advogados*, 12, 1-2, pp. 238 a 269).

COELHO, Luís Pinto: *Da Compropriedade no direito português*, I, 1939; II, 1943.

CRUZ, Guilherme Braga da: *O Direito de superfície no Direito romano* (in *Rev. Direito e Estudos Sociais*, 4, nn. 3 e 4 pp. 133 a 159).

GONÇALVES, Luís da Cunha: *Tratado de direito civil*, XI, p. 936; *Da Propriedade horizontal ou por andares*, 1956.

GUERRA, Armando: *Da propriedade horizontal e da Propriedade super-*

(*) Inclui-se aqui esta referência bibliográfica, se bem que contenha a indicação de obras consultadas para elaborar a parte sobre direito de superfície, ainda não publicada.

ficiária, 2.ª ed., 1964; *Considerações acerca do título constitutivo da propriedade horizontal* (in *Rev. Not. Reg. Pred. e Critica Juridica*, 39, pp. 68 a 75).

JORGE, Fernando Pessoa: *Direito das obrigações*, ed. AAFDL, 1966-1967.

LIMA, Fernando Pires de: *Anteprojectos para o Código Civil sobre Direito de propriedade e Direito de superfície* (in *Boletim do Ministério da Justiça*, 123, pp. 225 a 281 e pp. 317 a 224, respectivamente).

LIMA, Pires & VARELA, Antunes: *Código Civil anotado*, I, 1967.

MAGALHÃES, Asdrúbal Pereira: *Direito de superfície* (in *Rev. Ordem dos Advogados*, 9, nn. 3-4, pp. 139 a 181).

MARQUES, José Dias: *Direitos reais* (parte geral), I, 1960.

MENDES, João de Castro: *Direito civil (teoria geral)*, ed. AAFDL, 1967-1968, I - II - III.

NUNES, Alberto Catarino: *Código do Registo Predial anotado*, 1968.

SERRA, Adriano Vaz: *Obrigações — Ideias preliminares gerais* (in *Bol. Min. Justiça*, 77, pp. 5 a 123).

TELLES, Inocêncio Galvão: *Manual dos contratos em geral*, 3.ª ed., 1964.

VENTURA, Raúl: *Direito de superfície* (in *Rev. Fac. Direito Univ. Lisboa*, V, pp. 104 a 126).

B) ESTRANGEIRA

ALBALADEJO, Manuel: *Instituciones de derecho civil*, II: *Derecho de cosas*, Barcelona, 1964.

BALBI, Giovanni: *Il Diritto di superficie*, Turim, 1947

BARASSI, Lodovico: *Proprietà e Comproprietà*, Milão, 1951.

BATLLE VAZQUEZ, Manuel: *La Propriedad de casas por pisos*, 1954.

CARBONNIER, Jean: *Droit civil*, II: *les Biens*, 1957.

DAVID, René: *Le Droit anglais*, P. U. F., 1965.

DE FRANCISCI, Pietro: *Sintesis historica del Derecho Romano*, trad. espanhola, Madrid, 1954.

JENKS, Edward (e outros): *Jenks' English Civil Law*, II, 4.ª ed., 1947.

MESSINEO, Francesco: *Manuale di diritto civile e commerciale*, II (1.ª parte), Milão, 1952.

MIRANDA, Pontes de: *Tratado de direito privado* (parte especial), XIII.

PEREIRA, Calo Mário da Silva: *Propriedade horizontal*, 1.ª ed., 1961. Maurice Picard).

PLANIOL & RIPERT: *Traité pratique de droit civil*, III: *les Biens* (por SALIS, Lino: *La Superficie*, Turim, 1949.

WESTERMANN, Harry: *Sachenrecht*, 2.ª ed., 1953.

WINDSCHEID, Bernard: *Diritto delle Pandette*, I, trad. italiana com anotações de Fadda & Bensa, Turim, 1930.

WOLFF, Martin: *Derecho de cosas*, II, trad. espanhola da 32.ª ed. alemã.