



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULDADE DE DEREITO

A propriedade horizontal

**INFLUÊNCIA DO INSTITUTO NOS DIREITOS
E OBRIGAÇÕES DO TITULAR DA FRAÇÃO**

TESE DE DOUTORAMENTO

Tiago Nuno Pires de Carvalho Oliveira Silva

A CORUÑA, AGOSTO 2015



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULDADE DE DEREITO

A propriedade horizontal

**INFLUÊNCIA DO INSTITUTO NOS DIREITOS
E OBRIGAÇÕES DO TITULAR DA FRAÇÃO**

TESE DE DOUTORAMENTO

TIAGO NUNO PIRES DE CARVALHO OLIVEIRA SILVA

DIRETORES

PROF. DR. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ

PROF. DR. MARCOS ANTONIO LÓPEZ SUÁREZ

A CORUÑA, AGOSTO 2015

*À memória da minha mãe,
À perseverança do meu pai
E à alegria do Afonso, que tudo faz valer a pena...*

Agradecimentos

Ao longo deste percurso muitos foram os momentos em que as forças faltavam e a meta parecia inatingível. As palavras de ânimo e incentivo dos meus Diretores de Tese, foram o alento que transformou as fraquezas em forças e me iluminaram sempre o caminho.

Obrigada por me ajudarem a tornar possível este projeto, Miguel Ángel Pérez Álvarez, desde o início, e Marcos Antonio López Suárez, que entrando a meio do percurso soube sempre prestar a mais ampla ajuda.

Ao meu pai, cujo incentivo, lembrança, por vezes até à exaustão, e acima de tudo pelo exemplo, sempre me fizeram acreditar mesmo quando eu não acreditava, e me fez descobrir forças onde eu achava já as não ter, não só agradeço como reconheço que sem ele este trabalho não existia.

Ao meu grande amigo Tiago Mayan Gonçalves que prestou uma inestimável colaboração na revisão e tradução de textos, tornando possível este trabalho que, indubitavelmente, sem ele, não seria o que é, nem me deixaria tão satisfeito com ele.

À Joana Sá Pereira, ilustre advogada e amiga, incansável na discussão e revisão de tudo o que escrevi, cuja passagem pela minha vida enriqueceu o presente trabalho deixando nele muito de si, o meu mais sentido agradecimento.

O meu muito obrigado ao grande amigo Jorge Ferraz, que comigo começou esta caminhada, e sem o qual, muito ao início, eu não a teria continuado.

Aos que no ISMAI e na MAIÊUTICA me ajudaram e apoiaram, e foram muitos, sobretudo o Sr. Dr. José Azevedo, que, como amigo muito antes do que como Presidente, sempre me deu o alento que a espaços ia faltando, o meu sincero reconhecimento.

Por último, e não poderia deixar de o repetir, o meu muito obrigado à minha família, não só ao meu pai e ao meu muito querido filho, mas também à minha irmã, à *Didi*, aos meus sobrinhos e ao meu padrinho, que em todos os momentos me soube ouvir e aconselhar.

RESUMEN EN CASTELLANO

INSTITUCIÓN JURÍDICA es una “...*entidad jurídica y reglamentada por un conjunto de normas de derecho positivo...*”. Es, al final, un conjunto de normas que rige un tipo de relaciones jurídicas agregadas por características determinadas, que las autonomiza en relación con todos los otros tipos de relaciones jurídicas. La Propiedad Horizontal, como forma de proyección jurídica del dominio de una fracción, inserta en un predio, tiene características y normas reglamentares que, en la autonomizando en relación con todos los otros tipos de relaciones jurídicas, a saber las otras entidades jurídicas reales de regulación del dominio sobre las cosas, la revisten de dignidad jurídica para que sea cualificada como institución de la Propiedad Horizontal.

La persona humana, titular de derechos y obligaciones desde el momento del nacimiento, ve su posición, en el conjunto de todas las relaciones jurídicas en las que es sujeto, congregarse en el concepto de esfera jurídica. Con esta obra, se pretende navegar por el campo de las alteraciones que, en la esfera jurídica de cualquiera persona, por el hecho de tornarse titular de una fracción en un predio constituido en Propiedad Horizontal, importan.

En el I Capítulo, relativo a la introducción, integración histórica y naturaleza jurídica, se procede a la integración histórica y configuración jurídica de la institución de la propiedad horizontal, en tres planos distintos:

En un primer plano, se evaluará el momento en lo que, con solidez, se puede afirmar que la Propiedad Horizontal nació. Sea en Portugal, sea en diversas partes del mundo, parece que los estudios sobre la Propiedad Horizontal buscan, en sucesivas tentativas, encontrar la fundación de la institución jurídica, en tiempos tan antiguos cuanto posible. Esa demanda se tiene revelado, según nuestra opinión, por lo menos especulativa. Para encontrar el momento de la fundación de la institución, se propone establecer como criterio objetivo estar delante propiedad horizontal cuando se reconozcan construcciones jurídicas, expresas o tácitas, que tengan como elemento estructurante la existencia, en uno mismo edificio, de partes propias, independientes, conectadas funcionalmente a partes comunes.

En la investigación de la antigüedad clásica, y, más tarde, los períodos romanos, se identifican situaciones que prefiguran figuras jurídicas, en el Derecho Romano, próximas de la propiedad horizontal, pero no hay evidencia de que esta

institución tenga existido en Roma u en alguno período anterior, y todas las tentativas de buscarlo, o son más próximas de derechos reales (tales como la superficie, usufructo o servidumbre), o son meramente especulativas.

Durante la edad media, ni en Portugal ni en la demás Europa surgió, aún que incipiente, la institución de la propiedad horizontal, pero es claro que los motivos que justificaron, en siguientes fases, la creación de la institución, ya empezaban a manifestarse. En ninguna de las reglamentaciones surgidas en ese período, de carácter consuetudinario, se pretendía dividir edificios en fracciones, con partes comunes y propias, conectadas funcionalmente, con la consecuente división de las expensas, pero, sólo, se pretendía, delante situaciones de facto, prohibir la intromisión y permitir la sana convivencia entre vecinos.

Es después de la Revolución Francesa el verdadero nacimiento de la propiedad horizontal como institución jurídica. Su reglamentación era pobre, escasa, e incapaz de corresponder a necesidades decurrentes de la construcción intensiva que ha traído el futuro, e no se encuentran textos que sustenten atención a la institución, sea en la doctrina sea en la jurisprudencia, lo que nos permite concluir que la importancia de esa institución fue reducida.

Después de la I Grande Guerra, la institución de la propiedad horizontal, en Portugal y el resto del mundo, creció, se desarrolló y se consolidó, pasando de figura jurídica puntual y formal, para la más común forma de dominio urbano sobre la habitación, con una determinante preponderancia económica e la generalidad de los países.

En un segundo y sucesivo plano, se hará el estudio de la naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal, en lo que se concluye que se trata de una institución en especial, que confiere al titular un poder soberano sobre la fracción de un edificio, regularmente constituido en propiedad horizontal, de acuerdo con determinado estatuto previsto en la ley y, ulteriormente, en el título constitutivo, que permite la utilización plena de la fracción e se extiende sobre las partes comunes en un régimen propio.

En el II capítulo de esta obra, se delimita el objeto de la propiedad horizontal, estabilizando la interpretación, a través de las definiciones legales, de cuales son las partes comunes y cuales los límites materiales de las fracciones autónomas, así como las formas de constitución de la institución.

Son partes necesariamente comunes del edificio objeto de la propiedad horizontal los elementos estructurales del edificio, donde se incluyen los elementos de implantación, o sea, el suelo, los elementos de estructura constructiva, referentes a fundaciones, columnas, pilares, paredes maestras y todas las partes restantes que constituyen la estructura del edificio y los elementos de cobertura, referentes al tejado y a las terrazas de cobertura, aún que destinados al uso de cualquier fracción y, los elementos de utilización necesaria común, constituidos por los elementos de acceso de las personas a las fracciones y por los elementos de acceso de servicios a las fracciones.

Con relación a las partes comunes, autonomizando la ley partes necesariamente comunes e partes presumiblemente comunes, verificamos que, algunas de ellas, en un primer análisis, podrían integrar los dos conjuntos.

Son partes presumiblemente comunes los patios y jardines anexos al edificio, los ascensores, las dependencias destinadas al uso y habitación del portero, los garajes y otros lugares de aparcamiento, así como, en general, todas las cosas que no sean afectas al uso exclusivo de uno de los condóminos.

En el caso específico del suelo, se entiende que no incluye el recinto. El recinto no es parte necesariamente común, puesto que la posibilidad ahí abierta del título constitutivo afectar al uso exclusivo de alguno de los condóminos ciertas zonas comunes, se aplica solamente a zonas que tengan desde luego una naturaleza común, y por lo tanto, cuando es aplicada a recintos, no con relación a todos, pero sólo aquellos que son efectivamente comunes. Suelo será entonces solamente la porción de terreno en la que asienta el edificio común.

Son fracciones autónomas las fracciones de un edificio en condiciones de constituirse como unidades independientes y que sean distintas y aisladas entre sí, con salida propia para una parte común del edificio o para la vía pública, concluyéndose también que el estatuto de fracción autónoma se podrá prolongar por diversos locales del edificio, jurídicamente contiguos y funcionalmente interdependientes o complementares con relación a cada fracción, no siendo posible que cada uno de ellos, no tenga, individualmente, salida propia para una parte común del edificio o para la vía pública.

En cuanto a las formas de constitución, la propiedad horizontal puede ser criada por medio de negocio jurídico, por escritura pública, documento particular autenticado o documento particular según los términos del Decreto-Lei n.º 263-

A/2007, de 23 de julio, siendo nulas otras formas de constitución, por medio del usucapión, en los términos generales de la institución, por medio de decisión judicial, no considerando, sin embargo, que la enumeración de las formas de constitución de la propiedad horizontal por decisión judicial, prevista en el artículo 1417.º, n.º 1, tenga carácter taxativo, pero aceptando que se pueda constituir en acción de división de cosa común, sea para extinguir una copropiedad, sea para ultrapasar un impasse causado por la construcción sobre edificio basada en un derecho de superficie previsto en el artículo 1526.º, aceptando también que pueda ser constituida en proceso de inventario, o aún, en ejecución específica de un contrato promesa de compra y venta de una fracción, con correspondiente a la promesa unilateral de constitución de la propiedad horizontal por el promitente vendedor o, desde la alteración al Código Civil provocada por la redacción de la Lei n.º 6/2006, de 27 de junio, y, por último, puede también ser criada por medio de decisión administrativa, actualmente en los casos expresamente previstos en la ley, pero también abre la posibilidad para, en el futuro, eventualmente, conferir a los municipios las competencias globales de constitución de esta institución.

En el estudio de los derechos y obligaciones relativas a la fracción, en el capítulo III, y después de procederse a la delimitación de ellos, se examinó la posibilidad de alterar la propia dimensión de la fracción, sea por medio de su reconstrucción, en el caso de destrucción del edificio, se por medio de la posibilidad de unión y división de fracciones.

El derecho de exigir la venta del terreno y de los materiales cuando la destrucción sea superior a tres cuartos, prefigura una naturaleza de derecho potestativo, pudiendo el título constitutivo permitir una mayoría distinta o una obligación de reconstrucción en cualquier caso, independientemente de la fracción del edificio destruida.

Por que tiene que ser otorgada por la unanimidad de los condóminos, también una alteración posterior al título constitutivo, puede establecer un régimen diverso. Cualquier otra decisión diferente, aún que obtenida por unanimidad, no puede producir los mismos efectos que la alteración del título.

Si la destrucción del edificio es inferior a tres cuartos puede la asamblea decidir la reconstrucción por dupla mayoría, de número de condóminos y de capital invertido, según el número 2 del artículo 1428.º.

En el caso en que la reconstrucción sea aprobada por la dupla mayoría exigida, pero queden condóminos que, habiendo votado en contra, no quieran participar en los gastos, según el número 3 del artículo 1428.º, pueden ser obligados a vender sus derechos a otros condóminos, según su valor, entre ellos, acordado o fijado judicialmente.

El derecho potestativo de unión de fracciones existe para el titular sea para fracciones contiguas, vertical o horizontalmente, sea aún para fracciones no contiguas pero accesorias, y con, en abstracto, dependencia funcional, no siendo obligatoria aún que la unión material, si posible, ya tenga sido concretizada. En el caso en que el fin de las fracciones sea distinto, la unión sólo es posible si el fin de una, es funcionalmente accesorio del fin de la otra.

La división de fracciones sólo es posible o por acuerdo de todos los condóminos, o en el caso de que el título constitutivo lo permita, o aún, en el caso de previa unión potestativa de fracciones, la escritura de modificación del título constitutivo correspondiente a esa unión lo prevea, se considera, en lo que a esa nueva fracción concierne, que ella misma es divisible por autorización del propio título constitutivo y teniendo como límite mínimo de fraccionamiento el original de la propiedad horizontal.

Estando la propiedad horizontal sujeta a las limitaciones impostas en general a los propietarios y copropietarios de inmuebles por las respectivas instituciones se concluye que, por remisión para la propiedad, está sujeta a restricciones de origen convencional, con meros efectos obligacionales, y de origen legal, sea de derecho público, donde se incluyen la expropiación y la requisición, sea de derecho privado, específicamente la prohibición de emisión de humos, prohibición de producción de ruido y hechos similares, prohibición de instalaciones perjudiciales, prohibición de excavaciones, obligación de permiso de pasaje momentáneo, prohibición de manutención del edificio en ruina de construcción, obligación de no impedir el agoto natural del agua, obligación de efectuar obras defensivas del agua, sumisión a los límites a la construcción y edificación, así como las limitaciones relativas a la plantación de árboles y arbustos y cosecha de frutos.

Siguiendo en el ámbito de las obligaciones relativas a la fracción autónoma, pero ahora con respecto únicamente a las limitaciones provenientes de la institución de la propiedad horizontal, el condómino tiene el deber de abstenerse de perjudicar, sea por medio de obras nuevas sea por falta de reparación exclusivamente en su

fracción autónoma, la seguridad, de forma imperativa, y la línea arquitectónica o la disposición estética del edificio, desde que visible del exterior, aquí suplementariamente, se algo diferente no esté previsto en el título constitutivo o autorizado por la asamblea de condóminos aprobando por mayoría representativa de dos tercios del valor total del edificio.

Cada condómino tiene el deber de abstenerse de destinar la fracción a usos ofensivos de los buenos costumbres, si el comportamiento no esté integrado en ninguna otra prohibición legal, si se verifica que la conducta del agente es, en abstracto, integrable en el concepto de inadecuación moral por la sociedad como un todo, si se verifica que el comportamiento acontece en público y de modo a ser legítimamente cognoscible y si se verifica que por lo menos otro condómino verifica tornarse, con ese comportamiento, degradada o más peligrosa la vivencia en el edificio, o vea su fracción autónoma, directa o indirectamente, devaluada o depreciada.

Cada condómino tiene también el deber de afectar su fracción apenas al fin a que esté destinada, consistiendo ese fin en la actividad para que existe la fracción, debiendo, en el caso en que conste del título constitutivo, ser interpretado según una lógica híbrida subjetivista/objetivista, con preponderancia objetivista, dando mayor relevancia a las condiciones del momento en que es aplicado ese fin do que a las circunstancias y objetivos del momento en que fue elaborado, no pudiendo, sin embargo, ser considerado un fin que no tenga en la letra del título un mínimo de correspondencia verbal, y *actualista*, evolucionando según la evolución de la sociedad, evitando que la interpretación impida uña utilización no expresamente excluida de la fracción que no beneficie o no impida perjuicio legítimo a otro u otros condóminos.

Tiene legitimidad para promover acción de condenación contra el condómino que venga a dar uso que altere el fin a su fracción, apenas cada uno de los otros condóminos individualmente considerados. El administrador no tiene legitimidad, ni por derecho propio ni con base en una decisión de la asamblea, salvo en su nombre en el caso en que sea él también condómino. El tiempo, no tiene relevancia como factor de estabilización de un fin diferente del determinado en el ámbito del usucapión, por no estarse en la presencia de la constitución original de cualquier derecho real, pero la tolerancia consciente, a lo largo de un prolongado período de tiempo, de una

alteración del fin, puede integrar una posterior acción en la institución del abuso de derecho.

El condómino tiene el deber de abstenerse de practicar cualesquier actos o actividades que hayan sido prohibidos en el título constitutivo o, posteriormente, por decisión de la asamblea de condóminos aprobada sin oposición, y, teniendo estas restricciones al pleno uso de su fracción una naturaleza claramente real, está restringida la suya constitución solamente a la exclusión de actividades cuya práctica implicase una molestia concreta a, por lo menos, otro condómino, y tienen una existencia meramente relativa, obligando al condómino que contra ellas se quiera oponer a que haga prueba de la lesión concreta de un interés suyo cuya tutela esté en la naturaleza de la restricción.

La limitación a la utilización de las partes comunes del edificio, ya en el Capítulo IV, no alterando ni su destino ni su afectación, puede ser decidida por asamblea de condóminos reunida para ese efecto desde que obtenga una mayoría de los votos y representativa de por lo menos la mitad del capital total del edificio. Esa decisión puede, sin embargo, ser judicialmente reducida o anulada, petitionado por cualquier condómino y teniendo en cuenta la razonabilidad de la situación concreta, con base en la figura del abuso de derecho.

Al administrador del condominio, salvo si la asamblea de condóminos ya lo tenga elaborado, cabe elaborar un reglamento del condominio, pudiendo ser libremente alterado por la asamblea, no pudiendo, sin embargo, suceder el contrario. En el caso en que el administrador, estando a eso obligado, no elabore el reglamento, es legítimo a cualquier de los condóminos requerir su exoneración a la asamblea o al tribunal.

Todos los condóminos tienen el derecho de participar en la administración del condominio integrando a la respectiva asamblea que, en el caso en que no tenga, en la fecha y local de la convocatoria, el quórum constitutivo de la mitad del capital representado, puede constar de la convocatoria una otra fecha para la segunda reunión, que puede ser en hora posterior del mismo día. En segunda convocatoria, la asamblea puede deliberar por mayoría de los votos de los condóminos presentes, desde que estos representen, por lo menos, un cuarto del valor total del edificio.

Las decisiones inválidas tomadas por una asamblea de condóminos, para allá de anulables, podrán aún ser inexistentes, nulas o ineficaces.

El órgano ejecutivo de la administración de las partes comunes del edificio es el administrador del condominio, y, una vez nombrado, queda investido en un mandato con poderes de representación, teniendo funciones que conciernen a la asamblea de condóminos, funciones de carácter financiero y funciones autónomas del administrador. En estas últimas se incluyen la obligación de verificar la existencia de seguro obligatorio contra el riesgo de incendio, proponiendo a la asamblea el montante del capital seguro, la obligación de practicar los actos conservatorios de los derechos relativos a los bienes comunes, la obligación de elaboración del reglamento del condominio y de reglamentar el uso de las cosas comunes y la prestación de los servicios de interés comunes, la representación del conjunto de los condóminos ante las autoridades administrativas, la legitimidad indirecta para actuar en juicio, la obligación de asegurar la ejecución del reglamento y de las disposiciones legales y administrativas relativas al condominio, la obligación de guardar y mantener todos los documentos que digan respecto al condominio, la obligación de asegurar la publicitación de las reglas con respecto a la seguridad del edificio o conjunto de edificios, a saber los equipos de uso común y la obligación de facultar copia del reglamento a los terceros titulares de derechos relativos a las fracciones.

De los actos del administrador hay recurso para la asamblea, permitiendo así al mandante, por medio de la asamblea de condóminos, revocar las decisiones de su mandatario, teniendo, en este caso, legitimidad para convocar la asamblea destinada a apreciar el recurso de un acto del administrador el condómino que de él quiere recorrer.

Ante la necesidad de que se hagan obras en parte común debe, cada condómino, notificar al administrador para que las haga. En el caso en que él no las haga, si las obras fueren encuadradas como urgentes, puede el condómino proceder a su inmediata consecución, presentando la respectiva cuenta al condominio. En el caso en que haga el pago, debe solicitar a cada uno de los demás condóminos el valor de su cuota-parte en las obras. Si las obras no fueren encuadradas como urgentes, delante del silencio del administrador, queda al condómino, o convocar potestativamente una asamblea de condóminos para aprobar la obra, y ordenar su ejecución al administrador, anulando judicialmente la decisión en el caso en que no lo haga, o hacer la obra por el mejor precio y exigir el pago, según los términos del enriquecimiento sin causa, a los demás condóminos.

Los gastos necesarios a la conservación y fruición de las partes comunes del edificio y al pago de servicios de interés común son pagas por los condóminos según la proporción del valor de sus fracciones. La excepción de los números 3 y 4 del artículo 1424.º, solo libera cualquier condómino de la contribución para las expensas relativas a las escaleras y ascensores, si hiciere prueba, en abstracto, que no existe utilización de esas escaleras o ascensores al servicio de su fracción.

En el caso de las rampas de acceso y de las plataformas elevadoras colocadas en los términos del artículo 1425.º, número 3, se concluye que ellas pueden ser colocadas por cualquier condómino que tenga la necesidad de acceso a su fracción por persona con movilidad condicionada, en el ejercicio de un derecho potestativo por lo cual se introduce una innovación en una parte común del edificio, pasando esa innovación a ser parte integrante de esa parte común. También fue, sobre ellas criado un derecho potestativo de adquisición en la comunión del derecho del uso exclusivo de la innovación por parte de otro condómino, estando condicionado al hecho de uno de los miembros de su agregado familiar ser una persona con movilidad condicionada.

En el caso de la fracción ser objeto de un contrato de locación financiera debe, en una primera abordaje, ser solicitado el pago de las cuotas-partes de las expensas comunes al locatario que, una vez efectuado, libera al locador. En el caso de incumplimiento de aquél, queda aún la posibilidad de reclamar el pago al locador, que es sucesiva y solidariamente responsable, constituyéndose en el derecho de exigir la devolución al locatario.

En el caso del arrendamiento urbano no hay nada que impida que se haga un acuerdo tripartido, entre señorío, inquilino y administrador del condominio, para que las expensas pueda ser directamente cobradas al arrendatario. Sin embargo, aquí no se está transfiriendo obligaciones, pero simplemente permitiendo que un tercero cumpla en nombre del verdadero deudor. Si el arrendatario no cumple, quién queda en mora es el verdadero deudor, el propietario de la fracción.

En el caso de la fracción estar hipotecada y el condómino no está cumpliendo el pago de sus cuotas-partes de expensas comunes, al mismo tiempo que no cumple las obligaciones garantizadas a la institución financiera por la hipoteca, el creador hipotecario, que asuma la posesión, porque acordó ya la entrega de la fracción, como dación en cumplimiento, es la responsable por el pago de las expensas del condómino.

Las expensas con las innovaciones quedan a cargo de los condóminos según la proporción del valor de sus fracciones. Excepcionalmente, puede un condómino

eximirse del pago de sus cargos con una innovación si no aprobó la innovación y se haya recusado el pago, fundadamente, y esa misma recusa sea considerada, judicialmente, como fundada. En este caso, no queda copropietario de la innovación pero pasa a gozar de un derecho potestativo de adquisición de esa copropiedad.

Si está un acto o actividad vedado, por el reglamento constante del título constitutivo, en parte común, tiene cualquier otro condómino legitimidad para, sin necesidad de invocar un daño o perjuicio propio, promover su cesación teniendo como único límite el abuso de derecho, salvo en el caso en que se trate de parte común destinada al servicio exclusivo (en abstracto) de algunos condóminos, situación esa en que, sin necesidad de invocar perjuicio o daño propio, solo esos condóminos, que de ella se sirven, pueden actuar.

El condómino no goza, debido al carácter eminentemente personal de ello, del derecho de preferencia en la alienación de fracciones de otros condóminos, salvo si ese derecho es criado convencionalmente por mención en el reglamento constante del título constitutivo, por servidumbre predial criada entre fracciones o por pacto de preferencia. En el primero y segundo casos tiene eficacia real, en el tercero tendrá solamente si las partes la atribuyen.

El condómino no puede renunciar a la copropiedad de las partes comunes, ni a la propiedad de su propia fracción, a favor de los demás condóminos, como forma de liberarse del pago de las expensas relativas a las partes comunes y no existe la posibilidad legal, potestativa, de los condóminos no se mantener en la indivisión.

Por toda la obra, se buscará siempre encontrar la vertiente más práctica de la institución de la propiedad horizontal, en el Derecho Portugués, no abdicando de, puntualmente, recurrir al derecho comparado, buscando, en cada problema detectado, la solución teórica que permita, dentro de los límites de la ley, las mejores soluciones prácticas pensadas para casos, sean generales, sean concretos.

Se espera que, con las conclusiones de este estudio, se encuentre un instrumento útil, en una perspectiva marcadamente jurídica, al servicio de la resolución de los pequeños y grandes problemas que la vida en un condominio implica, y que posibilite una maximización del aprovechamiento de las utilidades que se puedan obtener, sea del uso de la fracción sea de la participación en el uso de las partes comunes.

RESUMO EN GALEGO

INSTITUTO XURÍDICO é unha "... entidade xurídica e regulada por un conxunto de normas de dereito positivo ...". É, no fondo, un conxunto de normas que rexe un tipo de relacións xurídicas agregadas por determinadas características, que as autonomiza en relación a todos os outros tipos de relacións xurídicas. A propiedade horizontal, como forma de proxección xurídica do dominio dunha fracción, inserida nun predio, ten características e normas regulamentadoras que autonomizando a en relación a todos os outros tipos de relacións xurídicas, sobre as outras persoas xurídicas reais de regulación do dominio das cousas, a revisten de dignidade xurídica para ser cualificada como instituto da propiedade horizontal.

A persoa humana, titular de dereitos e obrigas desde o momento do nacemento, ve a súa posición, no conxunto de todas as relacións xurídicas que é suxeito, congregarem-se no concepto de esfera xurídica. Co presente traballo, pretendemos navegar polo campo do cambio que, na esfera xurídica de calquera persoa, polo feito de facer titular dunha fracción dun edificio constituído en propiedade horizontal, importan.

No I Capítulo relativo á introdución, integración histórica e natureza xurídica, procederemos á integración histórica e configuración xurídica do instituto da propiedade horizontal, en tres diferentes planos:

Nun primeiro plano, avaliaremos o momento en que, solidamente, se poida afirmar que a propiedade horizontal naceuse. Quere en Portugal, quere por diversas partes do mundo, parece que os estudos sobre a propiedade horizontal buscan, en sucesivas tentativas, atopar a fundación do instituto xurídico, en tempos tan antigos como posibles. Esa procura tense revelado, na nosa opinión, como mínimo especulativa. Para atopar o momento da fundación do Instituto, Propoñémonos connosco establecer como criterio obxectivo estar ante propiedade horizontal desde que recoñezamos construcións xurídicas, expresas ou tácitas, que teñan como elemento estruturante a existencia, nun mesmo edificio, de partes propias, independentes, vinculadas funcionalmente a partes comúns.

Quere investigar a antigüidade clásica, tanto, máis tarde, os períodos romanos, foron identificadas situacións que configuran figuras xurídicas, no Dereito Romano, próximas da propiedade horizontal, pero non vemos evidencia de que este instituto

existise en Roma ou en período anterior, e todos os intentos de atopalo, ou son máis próximas de dereitos reais (como a superficie, simple o servidume), ou son só especulativas.

Durante a idade media, nin en Portugal nin no resto de Europa apareceu, aínda que embonariamente, o instituto da propiedade horizontal, pero está claro que os motivos que viñeron a xustificar, en fases seguintes, a creación do instituto, xa se comezaban a manifestar. En ningunha das regulamentacións xurdidas na altura, de carácter consuetudinario, se visaba dividir edificios en fraccións, con partes comúns e propias, ligadas funcionalmente, con consecuente división dos gastos, pero, tansoamente, se pretendía, ante situacións de feito, prohibir a devassa e permitir a sa convivencia entre veciños.

Foi no post-Revolución Francesa o verdadeiro nacemento da propiedade horizontal como instituto xurídico. A súa regulación era pobre, escasa, e incapaz de responder a necesidades derivadas da gran extensión que o futuro trouxo, e non se atopan textos que sustenten atención, ao instituto, tanto da doutrina quere da xurisprudencia, o que nos leva a concluír que a importancia del foi reducida.

No pos I Guerra Mundial, o instituto da propiedade horizontal, tanto en Portugal como no resto do mundo, creceu, desenvolveuse e consolidou-se, pasando de figura xurídica puntual e formal, a máis común forma de dominio urbano sobre a vivenda, cunha determinante preponderancia económica na xeneralidade dos países.

Nun segundo e sucesivo plano, estudaremos a natureza xurídica da propiedade horizontal, concluíndo que se trata dun instituto en especial, que confire ao titular un poder soberano sobre a fracción de un edificio, regularmente constituído en propiedade horizontal, segundo determinado estatuto previsto na lei e, posteriormente, no título constitutivo, que permite a utilización plena da fracción e esténdese sobre as partes comúns nun réxime propio.

No II capítulo deste traballo, delimitamos o obxecto da propiedade horizontal, estabilizando a interpretación, a través das definicións legais, de cales son as partes comúns e que os límites materiais das fraccións autónomas, así como as formas de constitución do instituto.

Son partes necesariamente comúns do edificio obxecto da propiedade horizontal dos elementos estruturais do edificio, onde se inclúen os elementos de implantación, ou sexa o solo, os elementos de estrutura construtiva, referentes a cimentos, columnas, soportes, paredes mestras e todas as partes restantes que

constitúen a estrutura do edificio e os elementos de cuberta, referentes ao tellado e aos terrazas de cobertura, aínda que destinados ao uso de calquera fracción e, e os elementos de uso necesaria común, constituídos polos elementos de acceso das persoas ás fraccións e polos elementos de acceso de servizos ás fraccións.

Respecto das partes comúns, autonomizando lei partes necesariamente comúns e partes presuntamente comúns, consideramos que, algunhas delas, nunha primeira análise, poderían integrar os dous conxuntos.

Son partes presuntamente comúns os patios e xardíns anexos ao edificio, os ascensores, as dependencias destinadas ao uso e habitación do porteiro, os garaxes e outros lugares de aparcamentos, así como, en xeral, todas as cousas que non sexan afectas ao uso exclusivo de un dos condóminos.

No caso específico do solo, entendemos que estes non inclúen o parcela. O parcela non é parte necesariamente común, xa que a posibilidade aí aberta de título constitutivo afectar ao uso exclusivo dalgún dos condóminos certas zonas comúns, se aplica só a zonas que teñan desde logo a natureza de común, e por tanto, cando aplicada a logradouros, non en relación a todos, pero só os que son efectivamente comúns. Solo será entón só a porción de terreo en que asenta o edificio común.

Son fraccións autónomas as fraccións de un edificio en condicións de constituíren unidades independentes e que sexan distintas e illadas entre si, con saída propia para unha parte común do predio ou á vía pública, concluíndose tamén que a situación de fracción autónoma puidera prolongar por diversos lugares do edificio, xuridicamente contiguos e funcionalmente interdependentes ou complementarias en relación a cada fracción, non podendo cada un deles, deixar de ter, individualmente, saída propia para parte común do predio ou á vía pública.

En canto ás formas de constitución, a propiedade horizontal pode ser creada a través de negocio xurídico, por escritura pública, documento particular rexistrado ou documento particular de conformidade co Decreto-Lei n.º 263-A / 2007, de 23 de xullo, sendo nulas outras formas de constitución, a través de usucapião, nos termos xerais do instituto, mediante resolución xudicial, non tendo en conta, con todo, que a enumeración das formas de constitución da propiedade horizontal por decisión xudicial, prevista no artigo 1417.º, parágrafo 1, teña carácter taxativo, pero aceptando que se poida constituír en acción de división de cousa común, tanto para extinguir unha compropiedade, tanto para superar un impasse causado pola construción sobre edificio baseada no dereito de superficie previsto no artigo 1526.º, aceptando tamén

que poida ser constituída en proceso de inventario, ou aínda, en execución específica de contrato promesa de compravenda dunha fracción, con correspondente a promesa unilateral de constitución da propiedade horizontal polo promitente vendedor ou, desde o cambio ao Código Civil provocada pola redacción da Lei N° 6/2006, do 27 de xuño, e, para rematar, tamén pode ser creada a través de decisión administrativa, actualmente nos casos expresamente previstos na lei, pero tamén abre portas para, no futuro, finalmente, revisar aos concellos as competencias globais de constitución deste instituto.

No estudo dos dereitos e obrigas relativas á fracción, capítulo III, e despois procedermos á delimitación dos mesmos, debruçamo connosco sobre a posibilidade de cambiar o propio deseño da fracción, quere ao nivel da súa reconstrución, en caso de destrución do edificio, tanto ao nivel da posibilidade de unión e de división de fraccións.

O dereito de esixir a venda do terreo e dos materiais cando da destrución máis de tres cuartos, afigura unha natureza de dereito potestativo, podendo o título constitutivo permitir unha maioría diferente ou unha obriga de reconstrución en todo caso, con independencia da fracción de edificio destruída.

Por que ser outorgada pola unanimidade dos condóminos, tamén un cambio posterior ao título constitutivo, pode establecer un réxime diverso. Calquera outra deliberación diferente, aínda que obtida por unanimidade, non pode producir os mesmos efectos que o cambio do título.

A destrución do edificio é inferior a tres cuartos pode, a asemblea, deliberar a reconstrución con dobre maioría, de número de condóminos e de capital investido, de conformidade co número 2 do artigo 1428.º.

Caso a reconstrución sexa aprobada co dúo maioría esixida, pero viven condóminos que, votando en contra, non queiran participar nos gastos, de conformidade co número 3 do artigo 1428.º, poden ser obrigados a vender os seus dereitos a outros condóminos, segundo o valor, entre eles, acordado ou fixado xudicialmente.

O dereito potestativo de unión de fraccións existe para o titular quere para fraccións contiguas, vertical ou horizontal, quere aínda para fraccións non contiguas pero acessórias, e con, en abstracto, dependencia funcional, non sendo obrigatoria aínda que a unión material, se é posible, xa fose concretada. Se o fin das fraccións

sexa diferente, a unión só é posible se o fin de unha, é funcionalmente accesorio do fin da outra.

A división de fraccións só é posible ou por acordo de todos os condóminos, ou no caso de que o título constitutivo o permita, ou aínda, no caso de previa unión potestativa de fraccións, a escritura de modificación do título constitutivo correspondente a esa unión o prevexa, considera-se, no que a esta nova fracción relación, que a mesma é divisible por autorización do propio título constitutivo e tendo como límite mínimo de fracionamento o orixinal da propiedade horizontal.

Estando a propiedade horizontal suxeita ás limitacións impostas en xeral aos propietarios e comproprietarios de cousas inmobles polos respectivos institutos conclúese que, por referencia a propiedade, está suxeita a restricións de orixe convencional, con meros efectos obrigacionais, e de orixe legal, tanto de dereito público, onde se inclúen a expropiación ea petición, quere de dereito privado, especialmente prohibición de emisión de fume, prohibición de produción de ruído e feitos similares, prohibición de instalacións prexudiciais, prohibición de escavacións, obriga de permiso de paso momentánea, prohibición de mantemento do edificio en ruínas de construción, obriga de non impedir o desaugadoiro natural de augas, obriga de efectuar obras defensivas de augas, suxeición aos límites á construción e edificación, así como as limitacións relativas á plantación de árbores e arbustos e colle de froitos.

Aínda no ámbito das obrigas relativas á fracción autónoma, pero agora respectando unicamente a limitacións procedentes do instituto da propiedade horizontal, a condómino ten o deber de absterse de prexudicar, quere con obras novas quere con falta de reparación exclusivamente na súa fracción autónoma, a seguridade, de forma imperativa, ea liña arquitectónica ou o arranxo estético do edificio, sempre que visible do exterior, aquí supletivamente, se algo diferente non está previsto no título constitutivo ou autorizado pola asemblea de condóminos aprobando por maioría representativa de dous terzos do valor total do predio.

Cada condómino ten o deber de absterse de destinar a fracción a usos ofensivos dos bos costumes, a actuación non está integrada en ningunha outra prohibición legal, se se comproba que a conduta do axente é, en abstracto, integrable no concepto de desadequação moral pola sociedade no seu conxunto, se se comproba que a actuación pasa en público e para ser lexitimamente cognoscível e se se comproba que polo menos outro condómino ve chegar a ser, coa actuación, degradada

ou máis perigosa a vivencia no edificio, ou vexa a fracción autónoma, directa ou indirectamente, desvalorizada ou depreciada.

Cada condómino ten tamén o deber de afectar a súa fracción só ao fin a que estea destinado, consistindo este fin na actividade para que existe a fracción, debendo, se conste do título constitutivo, ser interpretado segundo unha lóxica híbrida subjetivista / objetivista, con preponderancia objetivista, dando maior relevancia ás condicións do momento en que se aplica este fin que ás circunstancias e obxectivos do momento en que foi elaborado, non podendo, con todo, ser considerado un fin que non teña na letra do título un mínimo de correspondencia verbal, e actualista, evolucionando segundo a evolución da sociedade, evitando que a interpretación impida o uso non expresamente excluída da fracción que non beneficie ou non impida prexuízo lexítimo a outro ou outros condóminos.

Ten lexitimidade para promover acción de condena contra o condómino que veña a dar uso que cambie o fin á súa fracción, só cada un dos outros condóminos individualmente considerados. O administrador non ten lexitimidade, nin por dereito propio nin a base dunha deliberación da asemblea, salvo no seu nome se é, el propio, tamén condómino. O tempo, non ten relevancia como factor de estabilización dun fin distinto do determinado no ámbito da usucapião, por non estarmos na presenza da constitución orixinal de calquera dereito real, pero a tolerancia consciente, ao longo de prolongado período de tempo, dunha alteración do fin, pode integrar unha posterior acción no instituto do abuso de dereito.

O condómino ten o deber de absterse de practicar os actos ou actividades que se prohibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberación da asemblea de condóminos aprobada sen oposición, tendo estas restricións ao pleno uso da súa fracción natureza claramente real, está restrinxida a súa constitución só á exclusión de actividades cuxa práctica implicase unha molestia concreta a, polo menos, outro condómino, e teñen unha existencia meramente relativa, obrigando o condómino que contra elas se queira opor a facer proba da lesión concreta dun interese seu cuxa tutela estea na natureza da restrición.

A limitación á utilización das partes comúns do edificio, xa no capítulo IV, non cambiando nin o seu destino nin a súa afectación, pode ser deliberada por asemblea de condóminos convocada para tal efecto sempre que obteña unha maioría dos votos e representativa de polo menos a metade do capital total do predio. Esa deliberación pode, con todo, ser xudicialmente reducida ou anulada, petitionado por

calquera condómino e tendo en conta a razoabilidade da situación concreta, con base na figura do abuso do dereito.

Ao administrador do condominio, agás que a asemblea de condóminos xa o ten elaborado, cabe elaborar un regulamento do condominio, podendo ser libremente modificado pola asemblea, non podendo, con todo, o contrario acontecer. Se o administrador, estando a iso grazas, non elabore o regulamento, é lexítimo en calquera dos condóminos requirir a súa exoneración á asemblea ou ao tribunal.

Todo condóminos teñen dereito a participar na administración do condominio integrando a respetiva asemblea que, se non está, en data e lugar da convocatoria, o quórum constitutivo da metade do capital representado, pode constar da convocatoria outra data para a segunda reunión, que se pode en hora posterior do mesmo día. En segunda convocatoria, a asemblea pode pronunciarse por maioría dos votos dos condóminos presentes, sempre que estes representen, polo menos, un cuarto do valor total do predio.

As deliberacións inválidas tomadas por unha asemblea de condóminos, ademais de anulabades, poderán aínda ser inexistentes, nulas ou ineficaces.

O órgano executivo da administración das partes comúns do edificio é o administrador do condominio, e, unha fixo nomeado, queda investido nun mandato con poderes de representación, tendo funcións que concernen á asemblea de condóminos, funcións de carácter financeiro e funcións autónomas do administrador. Nestas últimas inclúense a obriga de comprobar a existencia de seguro obrigatorio contra o risco de incendio, proponendo á asemblea o importe do capital seguro, a obriga de practicar os actos conservatorios dos dereitos relativos aos bens comúns, a obriga de elaboración normativa do condominio e de regular o uso das cousas comúns ea prestación dos servizos de interese común, a representación do conxunto dos condóminos ante autoridades administrativas, a lexitimidade indirecta para actuar en xuízo, a obriga de asegurar a execución da normativa e das disposicións legais e administrativas relativas ao condominio, a obriga de gardar e manter todos os documentos que afecten ao condominio, a obriga de asegurar a publicación das normas relativas á seguridade do edificio ou conxunto de edificios, en particular á dos equipos de uso común ea obriga de facilitar copia da normativa aos terceiros titulares de dereitos relativos ás fraccións.

Dos actos do administrador cabe recurso para a asemblea, permitindo así ao Mandate, a través da asemblea de condóminos, revogar as decisións do seu

representante, tendo neste caso lexitimidade para convocar a asemblea destinada a apreciar o recurso de un acto do administrador o condómino que del pretende recorrer.

Ante a necesidade de se facer obras en parte común debe, cada condómino, notificar o administrador para as efectuar. Caso este non as faga, as obras sexan enmarcadas como urxentes, pode o condómino proceder á súa inmediata realización, presentando a respectiva conta ao condominio. Caso efectúe o pagamento debe solicitar a cada un dos outros condóminos o valor da súa cota-parte nas obras. As obras non se enmarcadas como urxentes, e ante o silencio do administrador, réstalle, ou convocar potestativamente unha asemblea de condóminos para aprobar a obra, e ordenar a súa execución ao administrador, anulando xudicialmente a deliberación caso non o faga, ou facer a obra polo mellor prezo e esixir o pagamento, de conformidade co enriquecemento sen causa, si condóminos.

Os gastos necesarios á conservación e aproveitamento das partes comúns do edificio e ao pagamento de servizos de interese común son pagadas polos condóminos en proporción do valor das súas fraccións. A excepción dos números 3 e 4 do artigo 1424.º, só desonera calquera condómino da contribución para os gastos relativos aos tramos de escaleiras e ascensores, se fai proba, en abstracto, que non existe utilización destes tramos de escaleiras ou ascensores ao servizo da súa fracción.

No caso das ramplas de acceso e das plataformas elevadoras colocadas en virtude do artigo 1425.º, n.º 3, concluímos que as mesmas poden ser colocadas por calquera condómino que teña necesidade de acceso á súa fracción por persoa con mobilidade condicionada, no exercicio dun dereito potestativo polo cal introduce unha innovación en parte común do edificio, pasando esa innovación a ser parte integrante desta parte común. Tamén foi, sobre elas creado un dereito potestativo de adquisición na comunión do dereito de uso exclusivo da innovación por parte doutro condómino, estando condicionado a que un dos membros da súa familia ser unha persoa con mobilidade condicionada.

No caso da fracción ser obxecto dun contrato de aluguer financeira debe, en primeiro achegamento, ser solicitado o pagamento das cotas Partes dos gastos comúns ao locatário que, unha vez efectuado, desonera o locador. No incumprimento daquel, queda aínda a posibilidade de reclamar o pago xunto do locador, que é sucesiva e solidariamente responsable, constituíndose no dereito de esixir o regreso do locatário.

No caso do arrendamento urbano nada impide que se faga un acordo tripartido, entre señorío, inquilino e administrador do condominio, para que os gastos poidan ser directamente cobradas ao arrendatarios. Con todo, aquí non se estarán a transferir obrigas, pero simplemente a permitir que un terceiro cumpra en nome do verdadeiro debedor. Se o arrendatarios non cumprir, quen entra vive é o verdadeiro debedor, o propietario da fracción.

No caso da fracción estar hipoteca eo condómino non estar a cumprir co pagamento das súas cotas Partes de gastos comúns, á vez que non cumpre as obrigas garantidas á institución financeira pola hipoteca, o valor hipotecario, que asuma a posesión, porque acordou xa a entrega da fracción, en Dhaka en cumprimento, é o responsable do pagamento dos gastos do condómino.

Os gastos coas innovacións serán sufragados polos condóminos en proporción do valor das súas fraccións. Excepcionalmente pode un condómino eximir-se do pagamento dos seus cargos con unha innovación se non está aprobado a innovación e se ten rexeitado o pago, fundamentadamente, ea mesma rexeita ser tida, xudicialmente, como fundada. Neste caso, non queda comproprietario na innovación pero pasa a gozar dun dereito potestativo de adquisición desa compropiedade.

Estando un acto ou actividade vedado, pola normativa que figura no título constitutivo, en parte común, ten calquera outro condómino lexitimidade para, sen necesidade de invocar un dano ou prexuízo propio, impelir a cesamento tendo como único límite o abuso do dereito, salvo no caso de se tratar parte común destinada ao servizo exclusivo (en abstracto) dalgúns condóminos, situación esta que, sen necesidade de invocar prexuízo ou dano propio, só eses condóminos, que dela se serven, poden actuar.

O condómino non goza, debido ao carácter inminentemente persoal do mesmo, de dereito de preferencia na alienación de fraccións doutros condóminos, salvo que tal dereito sexa creado convencionalmente por mención no regulamento que figura no título constitutivo, por servidume predial creada entre fraccións ou por pacto de preferencia. No primeiro e segundo casos ten eficacia real, e no terceiro terá só as partes lla teñen asignado.

O condómino non pode renunciar á compropiedade das partes comúns, nin á propiedade da propia fracción, en favor dos outros condóminos, como forma de se desonerar do pagamento dos gastos relativas ás partes comúns e non existe a posibilidade legal, potestativa, de os condóminos non manterse na indivisão.

Por todo o traballo, procuraremos atopar a vertente máis práctica do instituto da propiedade horizontal, no Dereito Portugués, non nos absténdose de, puntualmente, recorrer ao dereito comparado, buscando en cada problema detectado, a solución teórica que permita, dentro dos límites da lei, as mellores solucións prácticas pensadas para casos, tanto xerais, tanto concretos.

Agardamos que, coas conclusións deste estudo, se atope un instrumento útil, nunha perspectiva marcadamente xurídica, ao servizo da resolución dos pequenos e dos grandes problemas que a vida nun condominio carrega, e que posibilite unha maximización do aproveitamento das utilidades que se poida obter , tanto do uso da fracción que se participa no uso das partes comúns.

PRELIMINAR

INSTITUTO JURÍDICO é uma “...entidade jurídica e regulamentada por um conjunto de normas de direito positivo...”¹. É, no fundo, um conjunto de normas que rege um tipo de relações jurídicas agregadas por determinadas características, que as autonomiza em relação a todos os outros tipos de relações jurídicas. A propriedade horizontal, como forma de projeção jurídica do domínio de uma fração, inserida num prédio, tem características e normas regulamentadoras que, autonomizando-a em relação a todos os outros tipos de relações jurídicas, nomeadamente as outras entidades jurídicas reais de regulação do domínio das coisas, a revestem de dignidade jurídica para ser qualificada como instituto da propriedade horizontal.²

A pessoa humana, titular de direitos e obrigações desde o momento do nascimento, vê a sua posição, no conjunto de todas as relações jurídicas de que é sujeito, congregarem-se no conceito de esfera jurídica. Com o presente trabalho, pretendemos navegar pelo campo das alterações que, na esfera jurídica de qualquer pessoa, pelo facto de se tornar titular de uma fração de um prédio constituído em propriedade horizontal, importam.

No I Capítulo, relativo à introdução, integração histórica e natureza jurídica, procederemos à integração histórica e configuração jurídica do instituto da propriedade horizontal, em três diferentes planos:

Num primeiro plano, avaliaremos o momento em que, solidamente, se possa afirmar que a propriedade horizontal tenha nascido. Quer em Portugal, quer por diversas partes do mundo, parece que os estudos sobre a propriedade horizontal procuram, em sucessivas tentativas, encontrar a fundação do instituto jurídico, em tempos tão antigos quanto possíveis. Essa busca tem-se revelado, em nossa opinião, no mínimo especulativa. Para encontrar o momento da fundação do instituto, propomo-nos estabelecer os critérios objetivos a partir dos quais se pode considerar estarmos na presença de propriedade horizontal, e aplicá-los-emos às diferentes épocas. Estamos certos de que concluiremos por uma história da propriedade horizontal muito mais recente do que vem sendo defendido.

¹ Cf. DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA CONTEMPORÂNEA II VOLUME – Academia das Ciências de Lisboa – VERBO, pág. 2123.

² Para MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 14, no âmbito da definição de Instituição como complexo normativo que se reúne à volta de princípios comuns e regulamentam um determinado tipo de relações sociais, instituto jurídico será um complexo normativo menor.

Num segundo e sucessivo plano, estudaremos a natureza jurídica da propriedade horizontal, que, após definida, acompanhará todo o estudo como condutor do nosso raciocínio.

Desenvolveremos o percurso, no II capítulo deste trabalho, com uma delimitação, tão concreta quanto possível, do objeto da propriedade horizontal, estabilizando a interpretação, através das definições legais, de quais são as partes comuns e quais os limites materiais das frações autónomas, bem como as formas de constituição do instituto.

Em relação às partes comuns, autonomizando a lei partes necessariamente comuns e partes presumivelmente comuns, verificamos que, algumas delas, numa primeira análise, poderiam integrar os dois conjuntos. Estamos certos de que conseguiremos, de uma forma sólida e coerente, estabelecer uma separação concreta.

No que diz respeito ao específico caso das partes necessariamente comuns, propomos, no sentido de, através de um agrupamento sistematizado, facilitarmos o enquadramento de alguma parte merecedora de dúvidas, a divisão, por um lado, em elementos estruturais do prédio, onde se destacam os elementos de implementação, os elementos de estrutura construtiva e os elementos de cobertura, e por outro lado, os elementos de utilização necessariamente comum, que incluem os elementos de acesso de pessoas às frações e os elementos de acesso de serviços às frações.

De seguida, focando-nos no atual regime de propriedade horizontal, estudaremos as suas formas de constituição, e a multiplicidade de caminhos que nos podem levar à constituição deste instituto.

Neste ponto, entraremos na modelação propriamente dita, provocada pela propriedade horizontal, na esfera jurídica do titular da fração. Sistemáticamente, trataremos esta matéria em dois capítulos. O III, relativo aos direitos e obrigações de cada condómino em relação à fração de que é titular, e o IV, onde trataremos das questões relativas aos direitos e obrigações dos condóminos no que diz respeito às partes comuns.

No estudo dos direitos e obrigações relativas à fração, e após procedermos à delimitação dos mesmos, vamo-nos debruçar sobre a possibilidade de alterar o próprio dimensionamento da fração, quer ao nível da sua reconstrução, em caso de destruição do edifício, quer ao nível da possibilidade de junção e de divisão de frações. Em seguida, e porque na base da propriedade horizontal está a plena propriedade da fração autónoma, avaliaremos as alterações dos direitos de gozo da

fração, ao condômino, por força do estatuto do direito de propriedade, quer ao nível da limitação à livre atuação dentro da própria fração, quer ao nível da limitação ao direito de intromissão alheia.

Por fim, ainda no âmbito das obrigações relativas à fração autónoma, mas agora respeitando unicamente a limitações provenientes do instituto da propriedade horizontal, avaliaremos o sentido e o alcance das proibições de desvio do fim a que se destina a fração, quer no que diz respeito a proibições em abstrato, como a proibição de afetar a fração a usos ofensivos dos bons costumes, quer em concreto, como a proibição de afetar a fração a fim diferente do daquele a que se destina ou afetá-la a atividades concretamente proibidas num concreto título constitutivo. Não deixaremos de avaliar também a limitação à livre realização de obras na fração, quando as mesmas têm impacto na segurança, linha arquitetónica ou arranjo estético do edifício.

No estudo dos direitos e obrigações dos condôminos no que diz respeito às partes comuns, e após procedermos à delimitação dos mesmos, avaliaremos as obrigações de contribuição para as despesas comuns, a sua forma de divisão e processo de tomada, quanto a elas de decisão.

Avaliaremos também a influência que cada condômino pode ter em sede de processo de modelação do estatuto, concreto, da propriedade horizontal, no prédio que a sua fração integra, bem como em sede de regulamentação desse estatuto.

Por fim, e imediatamente antes de analisarmos as especificidades dos negócios jurídicos relativos à fração, nomeadamente a proibição de alienação em separado das partes próprias e comuns, bem como da ausência de preferência na alienação da fração, o que no fundo reflete a, também estudada, obrigação de manter a indivisão, avaliaremos também as limitações, e ausências delas, na livre atuação nas partes comuns.

Por todo o trabalho, procuraremos sempre encontrar a vertente mais prática do instituto da propriedade horizontal, no Direito Português, não nos abstendo de, pontualmente, recorrer ao direito comparado, procurando, em cada problema detetado, a solução teórica que permita, dentro dos limites da lei, as melhores soluções práticas pensadas para casos, quer gerais, quer concretos.

Esperamos que, com as conclusões deste estudo, se encontre um instrumento útil, numa perspetiva marcadamente jurídica, ao serviço da resolução dos pequenos e dos grandes problemas que a vida num condomínio acarreta, e que possibilite uma

maximização do aproveitamento das utilidades que se possa obter, quer do uso da fração quer da participação no uso das partes comuns.

I – INTRODUÇÃO – INTEGRAÇÃO HISTÓRICA E NATUREZA JURÍDICA DO
INSTITUTO

1. INTEGRAÇÃO HISTÓRICA – NASCIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE HORIZONTAL

O instituto da propriedade horizontal, como forma de agrupamento vertical de frações, visa resolver problemas de escassez de espaço e de economicidade urbana, e em consequência disso, expressa-se numa aparência recente e moderna³.

O nascimento do instituto, bem como o seu desenvolvimento e oscilações ao longo dos tempos, não tem sido consensual, quer pela falta de registos históricos consistentes, referentes a tempos mais remotos, quer também, e a nosso ver de uma forma mais determinante, pela dificuldade de referenciar marcos capazes de diferenciar o que será ou não propriedade horizontal.

Por opções metodológicas, seguimos a opinião de Sandra Passinhas⁴, pelo que só consideraremos estar perante propriedade horizontal, numa avaliação de existência histórica do instituto, quando estivermos perante construções jurídicas, expressas ou tácitas, que tenham como elemento estruturante a existência, num mesmo edifício, de partes próprias, independentes, ligadas funcionalmente a partes comuns.

A divisão tradicional dos períodos históricos faz-se entre: Pré-História (onde se inclui o Paleolítico e o Neolítico, conhecidos por Idade da pedra, primeiro lascada, depois polida, e que coincide, na parte final com a revolução agrícola, e a idade dos metais, cobre, bronze e ferro); Idade Antiga (desde a aparição da escrita, cerca de 3000 anos antes de Cristo, até à queda de Roma em 476 d. C., e onde se incluem as civilizações orientais como a Suméria/Caldeia e o Egito, a Grécia e Roma); Idade Média (desde 476 até à queda de Constantinopla, pela mão dos turcos, em 1453); Idade Moderna (desde 1453 até ao início da Revolução Francesa em 1789); e a Idade Contemporânea (desde 1789 até aos nossos dias)⁵.

Para fazer uma organização coerente dos períodos históricos no âmbito do presente estudo, não optamos pela divisão tradicional sem mais, não desenvolvemos o período da Pré-História pois seria impossível, antes da escrita, encontrar referências a

³ Para ALMEIDA, LUÍS PEDRO MOITINHO, *A Propriedade Horizontal*, 2.^a ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1997, pág. 11, a propriedade horizontal, “...na profunda transformação das estruturas sociais e económicas a que assistimos nos tempos modernos, tem especial relevância, pela necessidade de albergar cada vez maior número de habitantes em espaços cada vez mais reduzidos...”

⁴ PASSINHAS, SANDRA, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador na Propriedade Horizontal*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pág. 92.

⁵ Cf. PICAZO, MARIA TERESA PERZ, *Didáctica de la Historia*, 3.^a edição, Hijos de Santiago Rodriguez, Burgos, 1972, pág. 14 e segs.

um instituto jurídico de alguma elaboração conceptual, dividimos a Idade Antiga em duas partes, antes e fora de Roma, a que chamamos Antiguidade, e Roma propriamente dita, juntamos a Idade Moderna à Idade Média por a primeira, no que à propriedade horizontal diz respeito, não se autonomizar em relação à segunda e, por fim, dividimos a Idade Contemporânea e em dois períodos, aos quais chamamos Pós-Revolução Francesa e Pós-Primeira Guerra Mundial, pois entendemos que esses períodos, na evolução do conceito de propriedade horizontal, têm características que aconselham a sua autonomização.

Passemos então a analisar as diferentes épocas tidas em conta para o presente trabalho.

1.1. Antiguidade

Sem invadirmos o campo da especulação de alguns autores, citados por Vieira Miller⁶, que pretendem situar o aparecimento da propriedade horizontal nos tempos pré-históricos sustentando-se na existência de duas cavernas, uma sobre a outra, o que configuraria, ainda que aligeiramente, duas frações de um mesmo prédio, possível é admitir que se trate de uma figura jurídica pouco precisa, que foi evoluindo até à constatação de remotas, mas concretas, referências datadas de há milhares de anos, como acontece no caso da cidade da Babilónia, onde, cerca do ano 3000 a.C. se reconhece a venda de uma fração autónoma de uma casa⁷.

Batle Vázquez⁸, e entre nós – Ribeiro Mendes⁹, Moitinho de Almeida¹⁰, Rodrigues Pardal e Dias da Fonseca¹¹ – fazem referência a igual alienação, salientando no entanto ser apenas anterior ao ano de 2000 a. C., avançando mesmo, com base em investigações históricas de Cuq, “...*uma ata do tempo de Inmeroum, rei*

⁶ MILLER, RUI VIEIRA, *A Propriedade Horizontal no Código Civil*, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 48.

⁷ GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Da Propriedade Horizontal ou por andares*, Coleção Jurídica Portuguesa, Edições Ática, Lisboa, 1956, pág. 9, bem como GUERRA, ARMANDO, *Da Propriedade Horizontal e da propriedade superficiária*, Coimbra Editora, Coimbra, 1964, pág. 40, e MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 4.

⁸ VASQUEZ, MANUEL BATLE «La propiedad de casas por pisos», 1954, pág. 17.

⁹ MENDES, ARMINDO RIBEIRO, «A Propriedade Horizontal no Código Civil de 1966», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 30, I-IV, 1970, pág. 12.

¹⁰ ALMEIDA, L. P. MOITINHO, *ob. cit.*, 1997, pág. 11.

¹¹ PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *A Propriedade Horizontal no Código Civil e Legislação Complementar*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988, pág. 69-70.

de Sippar, na antiga Caldeia, que relata a venda do rés-do-chão de uma casa, enquanto o andar superior continuava a pertencer ao vendedor...”.

Existindo ainda uma referência, apontada por Menezes Cordeiro¹², que acompanha Marty e Raynaud¹³, Luigi e Vincenzo Rizzi¹⁴ e Frédéric Aeby¹⁵, respeitante a uma situação jurídica que possa ter “rastos” de propriedade horizontal, encontrada, também na antiga Caldeia, cidade da Babilónia, na regulamentação do Código de Hamurabi, cerca de 1200 anos mais tarde. Porém, da leitura de traduções para português do Código em causa, concluímos que as situações mais próximas à figura jurídica em apreço – como acontece no caso do parágrafo 172 onde mãe e filhos ficam com direito a residir numa mesma casa pertencente, até então, ao falecido marido e pai – serão na realidade situações enquadráveis no usufruto, ou mesmo na compropriedade, e não situações de propriedade horizontal, uma vez que não são identificadas e individualizadas quaisquer frações autónomas¹⁶.

Somos de opinião, no que diz respeito à individualização feita, por exemplo nos parágrafos 27, 28 e 30 do mesmo Código, entre casa, campo e jardim, que também aqui não é individualizada qualquer fração autónoma, aproximando-se esta individualização mais de uma figura real, como o direito de superfície, do que da propriedade horizontal propriamente dita.

Aceitando-se as justificações e pesquisas citadas, ainda que com algumas reservas, não é seguro aceitar que o instituto, nessa altura, tivesse existência jurídica, ou que em algum lugar, nessa altura, se atingisse o conceito que toma expressão na atualidade. Seguro é que o direito é uma construção humana para resolver os problemas que as situações de facto geram, e, é bem claro, tal como vimos, existiram efetivamente, ao longo das etapas históricas, situações de facto que, ainda que tangencialmente, tocavam no que hoje é a identidade do instituto.

No entanto, não nos parece que qualquer das aludidas situações seja suficientemente forte para que se identifique a Babilónia como berço da propriedade

¹² CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direitos Reais*, Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979

¹³ MARTY, GABRIEL, e RAYNAUD, PIERRE, «Les Biens», in *Droit Civil II*, 2 vols., Sirey, Paris, 1965, pág. 244.

¹⁴ RIZZI, LUIGI, e RIZZI, VINCENZO, *Il Condominio Negli Edifici*, Leonardo da Vinci Editrice, Bari, 1964, pág. 13, ss.

¹⁵ AEBY, FRÉDÉRIC, *La Propriété des Appartements: ses Aspects Juridiques et Pratique* (2.^a edição), Bruylant, Bruxelas, 1967, pág. 40, ss.

¹⁶ Cf. <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>, bem como <http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html> (citando The Eleventh Edition of the Encyclopaedia Britannica, 1910 pelo Rev. Claude Hermann Walter Johns, M.A. Litt.D.).

horizontal. Em nenhuma delas, os sinais de base da existência de propriedade horizontal, são suficientemente afirmativos, porque não evidenciam a consideração, num mesmo prédio, de partes próprias de mais de um titular, a par de partes comuns. Para além disso, e tal como refere Batlle Vázquez¹⁷, as referências próximas deste instituto jurídico na antiguidade, para além de terem carácter excecional, centram o direito na propriedade da casa, e não na propriedade das frações.

1.2. Em Roma

O princípio que vigorava em Roma, respeitante à propriedade de imóveis era o de “*superficies solo cedit*”¹⁸, o que significava que a propriedade se estendia desde o céu até ao inferno. Uma tão ampla abrangência do direito de propriedade seria, à partida, incompatível com uma figura jurídica que consagra a existência, sobre uma mesma coisa, de direitos reais pertencentes a titulares diferentes, enquadrando a acessão como forma de solução para os casos em que materialmente alguém construísse sobre solo de outrem. Tudo o que sobre o solo existisse pertencia ao dono do solo.

Ora, sendo pacífico que, no período romano clássico, o entendimento supracitado, se afigura como incontestável, o carácter absoluto dado, nessa altura, à propriedade – sendo mesmo estranho a visão do consentimento de mais do que um *Senhor* sobre a mesma coisa – seria incompatível com a existência, pelo menos num plano jurídico, de propriedade horizontal. Materialmente, mesmo sem regulamentação jurídica, e tal como anteriormente, admite-se a existência de divisões de prédios por pisos, sendo a utilização dos pisos atribuída a diferentes pessoas, repetindo-se essa situação ocasionalmente.

Ao mesmo tempo, é muito pertinente, atentar às investigações feitas sobre a *Lex Icilia*¹⁹ que, tal como referiram Rodrigues Pardal e Dias da Fonseca²⁰,

¹⁷ BATLLE VÁSQUEZ, MANUEL, *La Propiedad de Casas Por Pisos*, Marfil, Alcoy, 1954, pág. 17, onde refere que “...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 tal instituição se encontram na Antiguidade têm carácter excecional...”.

¹⁸ Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 48.

¹⁹ *Lex Icilia* de Aventino Publicando, de 456 a. C., segundo a narrativa de Dionysius Halicarnensis (*Dio. 10, 32*), referido por PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 91.

²⁰ PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 70.

“...autorizam a admissão da possibilidade de terem os plebeus dividido, talvez por andares, as casas que tinham construído no Monte Aventino, quando das lutas travadas no Séc. V antes de Cristo...”. Sandra Passinhas²¹, a propósito dessa mesma Lei, refere que “...os plebeus, reunindo-se em grupos de duas, três ou mais pessoas, e cotizando-se, construía uma única casa, apossando-se uns do andar térreo e outros dos pisos superiores...”.

Se, por um lado, durante o período republicano, ainda longe do Império e ainda mais de Justiniano, com esta Lei, e dentro dos restritos limites desta extraordinária situação que só se aplicava a plebeus, talvez se pudesse considerar que o princípio “*superficies solo cedit*” sofreria uma exceção, ou pelo menos derrogação; por outro lado, já não nos parece que se possa enquadrar, ainda que embrionariamente, esta exceção ou derrogação num conceito de propriedade horizontal. Pois, ainda que se admitisse que um mesmo solo fosse configurado como pertença de diferentes pessoas, não é possível inferir que tal correspondesse à existência, sequer de facto, de partes próprias e partes comuns daquele, e muito menos concluir que a gestão de quaisquer dessas partes estivesse regulada.

Parece-nos, assim, que esta derrogação do princípio se aproxima muito mais de uma situação de compropriedade do que de propriedade horizontal.

No mesmo sentido, embora não considerando a situação como próxima da compropriedade, Ribeiro Mendes²², entende que “...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 Aventino... ...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 veem aí uma situação de *superfície*...”.

Assim, chegados ao período do Império²³, as construções típicas romanas desta época evoluíram para uma estrutura vertical²⁴. Sandra Passinhas²⁵ descreve que “...ao lado da *domus*, antiga e tradicional casa romana, geralmente térrea e ocupada por uma única família, florescem as *insulae*, ou seja, edifícios construídos

²¹ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 91.

²² MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 13.

²³ Período que se inicia por volta do ano 27 a. C.

²⁴ Cf. MARCHI, EDUARDO, *A Propriedade Horizontal no Direito Romano*, Edusp, São Paulo, 1995, pág. 13.

²⁵ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 86.

verticalmente, com vários andares – contignationes – e compartimentos – cenacula – ocupados por inúmeras famílias...”.

No fórum, os magistrados começaram a conceder aos banqueiros o direito de gozo de partes do solo, mediante o pagamento de uma prestação²⁶, o que passou a configurar até uma criação de um direito de superfície privado em solo público²⁷; configuração esta que se admite que tenha sido esboçada no final do período da República, assumindo contornos sucessivamente mais delineados durante todo o período Imperial.

Neste contexto histórico-jurídico, e acompanhando o desenvolvimento da cidade romana, percebe-se que o princípio “*superficies solo cedit*” vai perdendo a sua expressão absoluta, multiplicando-se situações em que, para além do proprietário do solo, outros existiam com direitos sobre o que lá estava construído, num desenho que se poderia considerar como um direito de superfície em estado embrionário.

A questão dos conceitos é controversa, pois se a superfície, com Justiniano, se torna um verdadeiro direito real de propriedade, independente do direito que recai sobre o solo, já não será seguro que se trate apenas de uma espécie de servidão²⁸. A diferença estará entre entender se, na primeira situação, o titular do edifício incorporado no solo de outrem (público ou privado), teria um verdadeiro direito de propriedade sobre o edifício²⁹, ou se, por outro lado, na segunda situação, o titular do edifício incorporado apenas teria o direito de o usar³⁰.

No que à propriedade horizontal diz respeito, para que pudéssemos entender que esta existia no Direito Romano, tínhamos que aceitar a primeira das situações supra referidas, considerando que o titular do edifício tinha um verdadeiro direito de propriedade sobre o edifício, e alargar este entendimento para a abertura da possibilidade dessa propriedade sobre o edifício não ser una, mas sim um conjunto de propriedades diferentes sobre diferentes andares³¹.

Com suporte nos textos, foram investigadas situações, situações jurídicas reais, no Direito Romano, próximas da propriedade horizontal, tais como, a partilha

²⁶ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 87.

²⁷ CIMMA, MARIA ROSA, «Norma Giuridica e Effettività Del Diritto: Alcune Osservazioni In Tema Di Superficie», in *Lezione tenuta presso l'Associazione*, Nápoles, 2010, pág. 2.

²⁸ “*Iura in re aliena*”

²⁹ Cf. JUSTO, ANTÓNIO, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 211.

³⁰ Cf. VOLTERRA, EDOARDO, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Ricerche, Roma, 1961, pág. 429.

³¹ Foi o que fez MARCHI, EDUARDO, *ob. cit.*, 1995.

da mesma viga por duas casas que em tempos tenham sido do mesmo dono; a proibição de deitar fumo para edifícios superiores, o que poderia acontecer não em propriedade horizontal mas em construções contíguas em plano inclinado; a proibição de fracionamento de imóvel usufruído; e servidão de casas em relação a outras em planos superiores³². Destas situações não vemos evidência de que este instituto tenha existido em Roma. Todas as tentativas de o encontrar, ou são mais próximas de direitos reais (como a superfície e o usufruto), ou se revelam como especulativas,³³.

Refutando a possibilidade de existir propriedade horizontal no Direito Romano, Joaquin Sapena³⁴, alude que, mesmo nas situações em que fosse permitida detenção, por proprietário diferente de um andar superior, não poderíamos estar perante uma configuração de propriedade horizontal, pois, em caso de destruição do edifício, nenhum direito haveria a reclamar por aquele. Defendendo Caio Pereira que “...no Baixo-Império, a concentração urbana fomentou o reconhecimento de direitos à propriedade superposta, autorizando a conclusão de que não era estranha à mentalidade jurídica dos primeiros séculos a divisão dos imóveis por planos horizontais, de forma a permitir que o proprietário de uma estreita faixa de terra lançasse sobre casa alheia, que recebia o nome de *crypta*, uma edificação *insula*, concebendo-se a relação jurídica então criada não como propriedade, mas como servidão...”³⁵. Este autor brasileiro considera que as dificuldades doutrinárias que existem no que diz respeito ao instituto da propriedade horizontal prendem-se precisamente por este regime não existir no Direito Romano, uma vez que, do seu ponto de vista, a teorização dos direitos reais se continua a fazer, na atualidade, amplamente, tendo por base a dogmática romana³⁶.

³² Digesto, um fragmento de Papiniano (D. 8, 2, 36), e dois de Ulpiano (D. 8, 4, 6) e (D. 43, 17, 3, 17), referidos por PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 70, e, para além destes, (D. 8, 5, 8, 5), (D. 7, 1, 13, 8), (D. 8, 2, 25, 1), (D. 39, 2, 45) e (D. 41, 1, 28), referidos por PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 88-89.

³³ Cf., por todos, o excelente e alargado estudo de PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 88-89. Em sentido contrário, MIRANDA, PONTES DE, *Tratado de Direito Privado (parte especial)*, Tomo I, Borsoi, Rio de Janeiro, 1970, pág. 150.

³⁴ SAPENA, JOAQUIN, «Los Órganos de la Propiedad Horizontal: Forma y Eficacia de sus Resoluciones», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LIV (Mar-Abril 1978), 525, 1978, pág. 311 ss.

³⁵ PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, «A propriedade horizontal, Novo Regime de Condomínio», *Revista Forense*, vol. 185, ano 56, Set.-Out. 1959, pág. 52 e ss.

³⁶ Cf. PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, *A Propriedade Horizontal* (1ª edição), Forense, Rio de Janeiro, 1961, pág. 35 e 44.

Para Menezes Cordeiro³⁷, no contexto histórico do Baixo-Império, opera-se a consagração do instituto da propriedade horizontal, pois o conceito de superfície difundido com Justiniano, abriu-lhe, na opinião deste autor, claramente as portas, derrogando as regras da acessão. Em relação à opinião deste autor, que não acompanhamos, o facto de o conceito de superfície ter aberto as portas ao instituto da propriedade horizontal, não significa que este tenha entrado na casa do Direito Romano.

Mesmo tendo em conta a dogmática de Betti³⁸, para quem é determinante que as suas soluções encontradas pelo estudo do Direito Romano obedeam a uma certa lógica das instituições, revelando assim diretrizes e princípios³⁹, não existe, nem durante o Alto, nem durante o Baixo-império, qualquer realidade jurídica em Roma, que permita a individualização de uma propriedade por andares, em relação a situações de superfície ou servidão.

Certo é que, não obstante a porta à propriedade horizontal ter sido aberta, detetando-se situações materiais que a ela pudessem ser comparadas, este instituto não foi regulamentado. Neste sentido, sublinha-se que não existem elementos que permitam afirmar que os juristas da época sobre ele especialmente se debruçassem, nem assim se encontram evidências sólidas de que tenha sido tomada consciência da existência deste instituto, ou que, o que era o mínimo exigível, tenha existido qualquer atuação sobre os andares em que um edifício se pudesse dividir, que autonomizasse a propriedade horizontal em relação aos Direitos Reais, reconhecidos, de Superfície e Servidão.

1.3. Na Idade Média

A Idade Média trouxe-nos uma realidade nova. A constante e intensa atividade beligerante, com repetidas guerras e sucessivas batalhas⁴⁰, obrigou as populações, por

³⁷ CORDEIRO, A. MENEZES, «Direitos Reais», Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979, pág. 634

³⁸ BETTI, EMILIO, «Educazione Giuridica Odierna e Ricostruzione Del Diritto Romano», in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, Ano XXXVIII, fasc. I-III, 1930, pág. 52 e ss., onde defende que o direito romano deve ser entendido não pelos conceitos que criou mas sim pelas induções mentais que origina.

³⁹ Cf. BETTI, EMILIO, «Diritto Romano e Dogmatica Odierna», in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 4.^a série, vol. XV, 1928, pág. 129 e ss. e vol. XVI, 1928, pág. 26 ss., pág. 59.

⁴⁰ Cf. PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 71.

vezes densamente aglomeradas⁴¹, a erguerem os seus burgos protegidos no interior de muralhas⁴², tornando, assim, o espaço disponível para a construção de habitações, escasso e caro. A solução para este problema, especificamente no caso daqueles que não tinham capacidade de adquirir, entre muralhas, terreno suficiente para construir a sua própria vivenda, foi a construção em altura, iniciando-se a generalização da utilização, de um mesmo prédio, por duas diferentes famílias, às quais cabiam, respetivamente, duas diferentes habitações.

Este fenómeno de proliferação de situações evolutivas no sentido da propriedade horizontal, ainda que embrionária, surgiu em locais distintos, e mesmo distantes, por toda a Europa⁴³, principalmente em França, na Alemanha e na Suíça, sendo exemplos, no primeiro caso, as cidades de Rennes⁴⁴, no noroeste francês, na região da Normandia, e Grenoble⁴⁵, no sudeste, na região dos pré-Alpes, e ainda Auxerre, Berry, Anverns, Bretagne, Clermonte-Ferrand, Paris, Bruxelas, Milão⁴⁶, cidades nas quais “os edifícios divididos por pisos eram a generalidade, enquanto que as vivendas estritamente pessoais, eram a exceção”⁴⁷.

O Costume de Orleães⁴⁸, na linha de outras regulações da mesma época, estabelecia no seu artigo 215.º, que “...se uma casa está dividida de tal maneira que um tem o baixo e o 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...”.

Autores há para quem, com base neste documento, o instituto em apreço, durante a Idade Média, foi expressamente acolhido, tendo aí a sua comprovada

⁴¹ Cf. CORDEIRO, A. MENEZES, «Direitos Reais», Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979, pág. 635.

⁴² Cf. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 15.

⁴³ No caso específico de Espanha, e segundo MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 15, “...parece não ter tido importância a propriedade horizontal antes do séc. XIX.. BATLLE VÁSQUEZ, MANUEL, *ob. cit.*, pág. 17, considera que só a partir do séc. 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...”.

⁴⁴ Rennes sofreu um incêndio em 1720, terá destruído perto de um milhar de edifícios (cerca de 850 para PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 71), o que obrigou os proprietários, para a reconstrução dos edifícios, a recorrer a uma construção por andares. Cf. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 15.

⁴⁵ Com o instituto, alegadamente, regulado desde 1561. Cf. PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 71.

⁴⁶ Cf., por todos, PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 71.

⁴⁷ Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 48.

⁴⁸ O artigo 215.º do Costume de Orleães, citado por Cf. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 16.

origem, traçado sempre na sua base pelo direito consuetudinário, em diversos ordenamentos europeus⁴⁹.

No entanto, verificamos que estes normativos, dos quais o citado artigo é exemplo, não sustentam, em abstrato, o conceito de partes próprias e partes comuns, ligadas funcionalmente, mas apenas regulam a repartição das despesas, como se a um pertencesse a parte do edifício ligada ao solo, e a outro a parte ligada ao telhado⁵⁰.

Para além disso, e atentos ao texto do mesmo artigo, verificamos que a divisão do edifício, para efeitos de despesas, é feita entre apenas dois *senhores*, identificados no singular – e não entre uma multiplicidade abstrata de potenciais titulares de frações – não tendo a situação jurídica de cada um deles igual natureza, como sempre acontece na propriedade horizontal, o que aproxima muito mais a natureza jurídica, do Direito Real aí preconizado, de um Direito de Superfície do que da organização do Direito de propriedade nos termos da propriedade horizontal. Assim, da leitura do artigo, podemos concluir que um dos *senhores* é titular do solo e do edifício nele incorporado, e o outro, superficiário, titular do direito de manter obra sobre o edifício do primeiro, sendo, conseqüentemente, responsável pela manutenção dessa parte da edificação sua.

Em Portugal, tem sido defendido que a fonte mais antiga do instituto da propriedade horizontal se encontra nas Ordenações Filipinas⁵¹, onde o parágrafo 34.º do título LXVIII do livro I, estabelecia que “...*se huma casa for de dous senhorios, de maneira que de hum delles seja o sotão, e de outro o sobrado, não poderá aquelle, cujo for o sobrado, fazer janella sobre o portal daquele, cujo for o sotão, ou logea, nem noutro edificio algum...*”⁵².

Também aqui, como no resto das regulamentações europeias da época, não consideramos que já estivéssemos na presença do instituto da propriedade horizontal.

⁴⁹ Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 48. e CORDEIRO, A. MENEZES, «Direitos Reais», Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979, pág. 635.

⁵⁰ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 92.

⁵¹ No primeiro parágrafo do projeto de decreto n.º 508 (*in ACTAS DA CÂMARA CORPORATIVA, VI Legislatura, n.º 44, de 2 de Abril de 1955, pág. 453.*), referia que “...*a figura da chamada propriedade horizontal ou propriedade por andares, que o presente diploma se propões regular, parece ser desde há muito conhecida nas nossas leis patriais... já no título LXVIII do livro I das Ordenações Filipinas...*”.

⁵² PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 93, traduziu para português atual como “...*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 logea, nem outro edificio algum...*”, e AZEVEDO, PHILADELPHO, *Destinação do Imóvel*, Alba, Rio de Janeiro, 1932, pág. 120, propôs como tradução “...*se uma casa for de dois donos, pertencendo a um as lojas e a outro o sobrado, não pode o dono do sobrado fazer janela ou outra obra sobre o portal das lojas...*”.

Em primeiro lugar, porque desta norma não resultam partes próprias e partes comuns funcionalmente ligadas.

Em segundo lugar, também aqui, está limitada a coincidência de Direitos Reais sobre um mesmo edifício a apenas dois titulares, e é novamente diferente a natureza do direito de cada um, aproximando-se, uma vez mais, do Direito de Superfície.

Em terceiro lugar, aqui, nem da divisão de despesas se trata, apenas estabelecendo esta norma uma limitação ao direito de propriedade, impedindo a abertura de janelas em determinadas circunstâncias, numa limitação de relações de vizinhança, e não assim uma limitação à qualificação de cada uma das eventuais frações.

Em quarto lugar, a expressão pela qual começa a norma, “...*se uma casa for de dois senhorios...*”, aproxima mais de uma comunhão do direito de propriedade, uma forma de compropriedade, do que da existência de dois direitos diferentes, e independentes, sobre duas frações distintas.

Por fim, em quinto e último lugar, se atentarmos à inserção sistemática, no corpo das Ordenações, do parágrafo em apreço, verificamos que o mesmo se encontra no título relativo aos *Almotacés*, que eram uma espécie de funcionários municipais com responsabilidade inspetivas – “...*importantes oficiais que superintendiam no económico, sobretudo no abastecimento e controle de preços e mercadorias, legislavam sobre as construções e todo o planeamento urbano levado a cabo nos territórios citadinos e, ainda, ficavam responsáveis pelas questões sanitárias de todas as vilas e cidades dos territórios portugueses...*”⁵³ –, centrando assim a motivação desta norma, não na criação ou regulamentação de algo parecido com a propriedade horizontal, mas sim, na capacitação destes agentes para atuarem nas situações previstas no parágrafo anterior.

Com efeito, entendemos que, durante a Idade Média, nem em Portugal, nem no resto da Europa apareceu, ainda que embrionariamente, o instituto da propriedade horizontal. Mas é evidente, e porventura será essa a causa da confusão que parece daí advir, que os motivos que, como fonte de direito em sentido sociológico, vieram a

⁵³ Cf. ENES, THIAGO, «O distante, o governo e o governo à distância: administração local portuguesa e a atuação dos oficiais camarários como juizes de pequenas causas», in *Temporalidades – Revista Discente do Programa de Pós-graduação em História da UFMG*, vol. 3, n.º1, Janeiro/julho de 2001, pág. 304.

justificar, em fases seguintes, a criação do instituto, já começavam nessa época histórica a manifestar-se⁵⁴.

Certo é que, em nenhuma das regulamentações surgidas na altura, de carácter consuetudinário, se visava dividir edifícios em frações, com partes comuns e próprias, ligadas funcionalmente, com conseqüente divisão das despesas, mas, tão-somente, se pretendia, perante situações de facto, proibir a devassa e permitir a sã convivência entre vizinhos.

1.4. No pós Revolução Francesa

Não obstante a decisão militar não lhe ser favorável, a Revolução Francesa, na Europa, torna-se vencedora pela propalação e adesão aos ideais liberais preconizados por aquela. No direito vingou uma concepção absolutista inspirada no Direito Romano que, como vimos, era adverso a qualquer limitação à plenitude do direito de propriedade, e, conseqüentemente, não favorável ao aparecimento da propriedade horizontal⁵⁵. Seria expectável que, tal como no Direito Romano, também agora, a propriedade horizontal fosse, à partida, quase por absoluto, ignorada pelos Códigos que começavam a proliferar. No entanto, não foi esse o caminho seguido.

Para Menezes Cordeiro, que defenderam o nascimento consuetudinário do instituto na Idade Média, esta época, “...*provocaria um recuo nítido na propriedade horizontal...*”⁵⁶. Ao contrário deste autor, e mantendo a nossa opinião de que, até aqui, o conceito não estava claramente criado, não só não consideramos ter existido qualquer recuo, como entendemos também que, após uma prolongada gestação, ter

⁵⁴ Em sentido contrário, considerando que a propriedade horizontal já era conhecida, em Portugal, nos séculos anteriores, PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 75-74, salientam que “...*a propriedade de um imóvel dividido por forma que os diferentes andares fiquem pertencendo a diversos proprietários também era conhecida em Portugal... há manifestações nas cidades antigas e muradas como Évora, Coimbra, Porto e Braga... pensa-se que também era uma manifestação de propriedade por andares, o facto de certas casas serem pintadas com cores diferentes conforme os andares ou partes destes pertencentes a pessoas diferentes que normalmente resultavam de partilhas (heranças) – cfr. o caso da Nazaré...*”. Não acompanhamos, nesta posição, estes autores, pois não obstante as suas considerações poderem ser, em absoluto, verdadeiras, não encontram, num mesmo edifício e nesta época, situações em que se encontrem, sobre andares diferentes, diferentes propriedades que incluam partes próprias e partes comuns ligadas, entre si, funcionalmente.

⁵⁵ Cf. CORDEIRO, A. MENEZES, «Direitos Reais», Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979, pág. 635.

⁵⁶ Cf. CORDEIRO, A. MENEZES, *ob. cit.*, pág. 635.

sido, este, o período do verdadeiro nascimento da propriedade horizontal como instituto jurídico, como a seguir veremos.

A importância que a comunhão de edifícios tinha circunstancialmente adquirido nas cidades europeias na época anterior, impedia que esta realidade fosse esquecida em absoluto⁵⁷. O Código Civil de Napoleão, de 1804, imbuído desse espírito, fazia referência, num único artigo, o 664.^o⁵⁸, à propriedade horizontal, inserido no capítulo relativo às paredes comuns⁵⁹, e tendo como fonte o anteriormente referido art.º 205 do Costume de Orleães⁶⁰.

A referência do Código de Napoleão à propriedade horizontal consubstancia-se na previsão da norma do artigo 664.º, com o texto “...quando os diferentes andares de uma casa pertencerem a diversos proprietários...”, que se limitava a estatuir repartições de despesas entre os titulares, e determina que as despesas relativas a “...paredes mestras e o telhado estão a cargo de todos os proprietários, cada um em proporção do valor do andar que lhe pertence...”, “...o proprietário de cada andar faz o soalho sobre que anda...” e “...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, e assim sucessivamente...”⁶¹.

Assim, pela primeira vez, surge uma regulamentação que estabelece uma construção jurídica expressa, que tem como elemento estruturante a existência, num mesmo edifício, de partes próprias (...o soalho sobre o qual cada proprietário anda e a escada que conduz a cada andar em relação ao proprietário desse andar...), independentes, ligadas funcionalmente a partes comuns (...paredes mestras e o telhado...).

A grande diferença desta solução para a encontrada no Costume de Orleães é que, no Costume, apenas existiam partes próprias, não obstante uma ser em cima da outra, não existindo partes comuns, nem, conseqüentemente, se admitindo uma ligação funcional entre umas e outras.

⁵⁷ Em algumas regiões, como por exemplo *Baviera* e *Wurttemberg*, no império Alemão, o instituto a divisão material estava tão enraizada que o próprio Código de 1896 aceitou que o direito próprio de cada estado do Império viesse a regulamentar essa realidade. Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 49.

⁵⁸ Este artigo vigorou por mais de cem anos só tendo sido revogado por Lei de 28 de Junho de 1938. Cf. PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 74.

⁵⁹ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 48.

⁶⁰ Cf. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 18.

⁶¹ Cf. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 18-19.

À semelhança do sucedido em França, as legislações nacionais, por todo o mundo, até, pelo menos, aos finais do Séc. XIX, começaram a reconhecer expressamente o instituto da propriedade horizontal⁶², ou por estar aceite e regulamentado, como aconteceu no caso do Código Civil Italiano de 1865⁶³, ou por estar expressamente banido, como aconteceu no caso do Código Civil Argentino de 1869⁶⁴, do Código Civil Alemão de 1896⁶⁵, e do Código Civil Suíço de 1908⁶⁶.

Em Portugal, seguindo a fonte napoleónica, o Código Civil Portuguez de 1867 (Código de Seabra), a respeito dos muros e paredes-meias, estabelecia no seu artigo 2335.º que “...se os diversos andares de um edifício pertencerem a diversos proprietários, e o modo de reparação e concerto se não achar regulado nos seus respectivos títulos, observar-se-á o seguinte: §1.º As paredes comuns e os tetos⁶⁷ serão reparados por todos, em proporção do valor que pertence a cada um. §2.º O proprietário de cada andar pagará a despesa do concerto do seu pavimento e forro. §3.º O proprietário do primeiro andar pagará a despesa do concerto da escada de que se serve, o proprietário do segundo a da parte da escada de que igualmente se serve, a partir do patamar do primeiro andar, e assim por diante...”.

Também aqui, no Código Português, tivemos uma regulamentação que estabelece uma construção jurídica, expressa, que tem como elemento estruturante a

⁶² Não podemos deixar de salientar que códigos houve, também, que não fizeram referência ao instituto, como o Código Civil Espanhol, de 1889, e o Brasileiro, de 1916, está já durante a I Guerra Mundial.

⁶³ O Código Civil Italiano, tal como nos é referido por MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 19, “...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»...”, esta última parte transcrita em BARASSI, LODOVICO, *Proprietà e Comproprietà*, Giuffrè-Editore, Milão, 1951, pág. 152.

⁶⁴ Estabelecia o artigo 2617 do Código Argentino de 29 de Setembro de 1869: “...o proprietário de edifícios não pode dividi-los horizontalmente, entre vários donos, nem por contrato nem por ato de última vontade...”. Cf. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 19-20.

⁶⁵ O Código Civil Alemão, no seu § 1014.º, inserido no direito de superfície, segundo tradução de MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 20, estabelecia que “...a restrição do direito de propriedade a uma parte de um edifício, particularmente a um só andar, é inadmissível...”. Esta norma impedia, expressamente, que a exceção ao princípio da lei civil alemã – que proibia a constituição de direitos separados sobre partes integrantes essenciais de uma coisa, onde se inseriam as frações de um prédio – estabelecida no artigo 1012.º permitindo o direito de superfície, fosse estendido à propriedade horizontal. Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 49.

⁶⁶ O Código Civil Suíço, no seu artigo 675.º, também inserido na regulação do direito de superfície, segundo tradução de MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 20, estabelecia que “...os diversos andares de uma casa não podem ser objeto do direito de superfície...”

⁶⁷ Na opinião de, PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 76, assumindo a total inspiração desta norma na norma equivalente do Código Napoleónico, considerando mesmo que a determinação do termo teto e não telhado, se deveu à tradução literal do termo *toit* para teto (que em francês seria *plafond*) e não para telhado como deveria ter acontecido.

existência, num mesmo edifício, de partes próprias (...o pavimento sobre o qual cada proprietário anda e a escada que conduz a cada andar em relação ao proprietário desse andar...), independentes, ligadas funcionalmente a partes comuns (...paredes e o tetos...), sendo assim claro que, com esta norma, a propriedade horizontal foi formalmente instituída em Portugal.⁶⁸

Nesta fase, não obstante o instituto da propriedade horizontal se encontrar formal e inequivocamente reconhecido, claro é também que a sua regulamentação era pobre, escassa, e incapaz de responder a necessidades de construção intensiva que o futuro, inevitavelmente, trouxe. Ao que acresce que não se encontram textos que sustentem uma especial atenção ao instituto, quer por parte da doutrina, quer da jurisprudência, o que nos leva a concluir que a importância dele foi, no mínimo, reduzida⁶⁹. A configuração jurídica expressa da propriedade horizontal teve como desiderato responder a casos pontuais, e não assim a massificar a construção de prédios.

1.5. Do pós I Grande Guerra ao presente

Nos anos que se seguiram à I Grande Guerra, com expressão em todo o mundo mas com especial relevo na Europa, palco principal do confronto beligerante, verificou-se um conjunto de alterações económicas e sociais que alterou, de uma forma permanente e definitiva, o panorama jurídico global.

Com o fim da guerra observaram-se as seguintes alterações da realidade: por um lado, muitas cidades europeias encontravam-se destruídas pelo conflito, sendo

⁶⁸ A este propósito, e em anotação ao artigo relativo à compropriedade no Código de Seabra, (artigo 2178.º), FERREIRA, JOSÉ DIAS, *Código Civil Portuguez Annotado, Vol. V* (2ª edição), Imprensa da Universidade, Coimbra, 1876, pág. 7, salientou que “...nos edifícios comuns é que só se reputam comuns as paredes mestras e os telhados, para o que concorrem os proprietários dos diversos andares em proporção do valor do seu andar. Nada mais comum: nem o portal do primeiro andar, nem as escadas por onde todos se servem. E a doutrina do código civil francês, artigo 664.º, que Rogron nas suas notas, confessa não ser muito justa, visto que a escada do primeiro andar serve os donos dos andares superiores e assim sucessivamente, e que por isso a boa razão pedia que a despesa fosse também por todos dividida. No entanto preferiu-se ao rigor da justiça uma regra uniforme, pela dificuldade de calcular sempre com a devida exatidão o proveito, que cada um tirava da escada, ou de qualquer outra coisa comum, exceto as paredes mestras e os telhados, que reclamam despesas muito avultadas...”.

⁶⁹ Cf. PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 76, GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1946, XI, pág. 283 e DEUSDADO FERREIRA, D. A. M., *A propriedade de Casa por Andares e o Problema da Habitação*, Livraria Morais, LISBOA, 1954, pág. 3 ss.

urgente solucionar a falta de habitação das pessoas cujo conflito tinha demolido as casas. A essas pessoas juntavam-se milhares de outras que, por toda a Europa, abandonavam os campos e se concentravam nas, cada vez mais populosas cidades, carecendo também de habitação; por outro lado, a construção estava muito dificultada devido à crise económica que se havia instalado, mercê da guerra, à quebra dos investimentos imobiliários, à desvalorização das moedas, e à geral subida dos preços dos materiais de construção⁷⁰.

O constante aumento da população nas cidades, quer devido ao êxodo rural, quer devido ao grande aumento da natalidade que caracteriza os períodos pós-guerras, obrigou a um necessário crescimento urbano que não podia deixar de ter em conta os custos de construção, as necessidades cada vez maiores de salvaguarda de terrenos para a agricultura (chamada a alimentar cada vez mais pessoas), e as dificuldades de transportes coletivos, que aparecem sempre que, crescendo horizontalmente, torna o centro de uma cidade cada vez mais longe da sua periferia, onde se vão instalando os recém-chegados⁷¹.

Em diferentes partes do mundo, com especial relevância na Europa, a necessidade de regulamentar, de uma forma clara e abrangente, o instituto da propriedade horizontal impulsionou a criação de regulamentação específica. O primeiro dos estados a proceder a essa regulamentação terá sido, porventura, a Bélgica, em 1924. O Código Civil de Napoleão vigorava na Bélgica desde 1807, e com ele o seu artigo 664.º, já anteriormente referido. Pela primeira vez, foi criada uma regulamentação que articulava, de uma forma clara, a existência de frações autónomas e partes comuns, estabelecendo mesmo a indivisão dos bens que “...são afetados a título acessório ao uso comum de dois ou mais andares distintos que pertencem a diferentes proprietários...”⁷².

À Bélgica seguiram-se diversos outros estados, como a Roménia⁷³, o Brasil⁷⁴, a Grécia⁷⁵, a Suécia⁷⁶, a Itália⁷⁷, a Polónia⁷⁸, a Bulgária⁷⁹, o Chile⁸⁰, a França⁸¹,

⁷⁰ MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 22.

⁷¹ Cf. Projecto de Decreto n.º 508 (*in ACTAS DA CÂMARA CORPORATIVA, VI Legislatura, n.º 44, de 2 de Abril de 1955, pág. 453.*).

⁷² Cf. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 22.

⁷³ Lei de 3 de Maio de 1927.

⁷⁴ Decreto de 25 de Janeiro de 1928, substituído pela Lei Federal n.º 4591, de 16 de Dezembro de 1964.

⁷⁵ Lei de 4-9 de Novembro de 1929, incorporada no Código Civil de 1940.

⁷⁶ Leis de 25 de Novembro de 1931 e 19 de Junho de 1942.

⁷⁷ Lei de 15 de Janeiro de 1934, com as modificações posteriores de 1935 e incorporada no Código de 1942.

Espanha⁸², o Uruguai⁸³, o Peru⁸⁴, a Áustria⁸⁵, a Argentina⁸⁶, a Colômbia⁸⁷, a Bolívia⁸⁸, a Alemanha⁸⁹, a Holanda⁹⁰, Cuba⁹¹, o México⁹², a Venezuela⁹³, a Guatemala⁹⁴, o Equador⁹⁵, a Etiópia⁹⁶, a Suíça⁹⁷, o Japão⁹⁸, a Jugoslávia⁹⁹, a Austrália¹⁰⁰, o Líbano¹⁰¹, a Turquia¹⁰² e a Costa Rica¹⁰³, sendo esta apenas uma enumeração exemplificativa, que tem como limite temporal o atual Código Civil Português, de 1966¹⁰⁴.

Em Portugal, depois da Primeira Grande Guerra, e durante o período em que o instituto apenas era regulado pelo artigo 2335.^{o105} do Código de Seabra, essa norma foi objeto de diferentes acórdãos que ajudaram a moldar a figura jurídica. Tal como foi referido por Rodrigues Pardal e Dias da Fonseca¹⁰⁶, o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 17 de Julho de 1932, reconheceu que “...*não há preceito algum que proíba a divisão de uma casa horizontalmente...*” e, em acórdão de 17 de Maio de 1950, decidiu que “...*a divisão de um prédio entre vários proprietários dá*

⁷⁸ Lei de 24 de Outubro de 1934, completada e substituída pela Lei das cooperativas de 17 de Fevereiro de 1961.

⁷⁹ Decreto de 5 de Novembro de 1935.

⁸⁰ Lei n.º 6071, de 11 de Agosto de 1937.

⁸¹ Lei de 28 de Junho de 1938 que revogou o artigo 664.º do Código Civil e posteriormente pela Lei de 10 de Julho de 1965; Lei de 17 de Março de 1967.

⁸² Lei de 26 de Outubro de 1939 que modificou o artigo 396.º do Código Civil e Lei de 8 de Fevereiro de 1946; Lei de 21 de Julho de 1960 que deu nova redação ao artigo 396.º e regulou a propriedade horizontal.

⁸³ Lei de 25 de Junho de 1946.

⁸⁴ Lei n.º 10726, de 21 de Novembro de 1946, com o Regulamento de 6 de Março de 1959.

⁸⁵ Lei de 8 de Julho de 1948.

⁸⁶ Lei n.º 13512, de 13 de Outubro de 1948, que veio a permitir e regular o instituto, anteriormente expressamente proibido.

⁸⁷ Lei n.º 182, de 30 de Novembro de 1948, e Regulamento de 8 de Maio de 1959.

⁸⁸ Lei de 30 de Dezembro de 1949.

⁸⁹ Lei de 15 de Março de 1951, que veio a permitir e regular o instituto, anteriormente expressamente proibido.

⁹⁰ Leis de 20 de Dezembro de 1951, 11 de Agosto e 27 de Setembro de 1952.

⁹¹ Art.º 45, 2, da Lei de 16 de Dezembro de 1952.

⁹² Leis de 2 de Dezembro de 1954 e 15 de Dezembro de 1954; art.º 951º do Código Civil.

⁹³ Lei de 10 de Junho de 1957 e Decreto n.º 365, de 15 de Setembro de 1958.

⁹⁴ Lei de 10 de Outubro de 1959.

⁹⁵ Lei de 11 de Março de 1960.

⁹⁶ Código Civil de 5 de Maio de 1960.

⁹⁷ Lei de 19 de Dezembro de 1963; e artigo 712.º do Código Civil.

⁹⁸ Lei n.º 69, de 1962.

⁹⁹ Lei de 14 de Março de 1962.

¹⁰⁰ Lei de 1960 e Lei n.º 72, de 1962.

¹⁰¹ Lei de 24 de Dezembro de 1962.

¹⁰² Lei de 10 de Julho de 1965.

¹⁰³ Lei de 22 de Março de 1966.

¹⁰⁴ Cf. PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 73 a 75.

¹⁰⁵ Até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 40333, de 14 de Outubro de 1955.

¹⁰⁶ Cf. PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 77.

lugar a um misto de propriedade exclusiva e de compropriedade...”. Citado pelo mesmo autor¹⁰⁷, decidiu ainda o Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão de 30 de Janeiro de 1951, que “...*dadas as características especiais, não é juridicamente de aceitar, no regime da propriedade horizontal ou por andares... ...que o telhado de um edifício pertença a quem somente seja proprietário de outro edifício...*”. No entanto, a aplicação prática do instituto era nula ou quase nenhuma¹⁰⁸.

Efetivamente, a jurisprudência da altura, já havia estabilizado o reconhecimento do instituto, com a existência de partes comuns e partes próprias, sobre um mesmo edifício, articuladas e interdependentes entre elas.

Assim, e atendendo ao contexto global, a Câmara Corporativa, em 1948, aprovou um parecer¹⁰⁹ que, na Base XXV-A das suas conclusões, determinava que “...*o Governo deverá, no prazo de seis meses, proceder à revisão e regulamentação do artigo 2335.º do Código Civil, estabelecendo em termos práticos e eficientes o regime da propriedade por andares ou propriedade horizontal...*”, o que, conseqüentemente, levou a Assembleia Nacional a integrar, na Lei n.º 2030, de 22 de Junho de 1948, um artigo 30.º com a exata redação do Parecer.

Não respeitando, em absoluto, os seis meses que lhe tinham dado, em 1955, por sua vez, o Governo apresentou à Câmara Corporativa o projeto de Decreto n.º 508¹¹⁰, onde pretendia regular o instituto da propriedade horizontal, tendo o mesmo sido alvo de novo parecer dessa Câmara¹¹¹, brilhante a todos os níveis e altamente elogiador do Projeto, sugerindo alterações pertinentes, onde se incluíam a sugestão de que o Diploma deveria revestir a forma de Decreto-Lei, e não assim de simples Decreto.

Conseqüentemente, e integrando as duntas sugestões da Câmara Corporativa, foi publicado o Decreto-Lei n.º 40333, de 14 de Outubro de 1955, que, mais do que

¹⁰⁷ Cf. PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 77.

¹⁰⁸ Isso mesmo foi reconhecido no parecer da Camara Corporativa de 1 de Abril de 1948 (Publicado pela Secretaria da Assembleia Nacional, DIÁRIO DAS SESSÕES, suplemento ao n.º 140, Camara Corporativa, IV Legislatura, Parecer n.º 29, pág. 408-(25)), referindo que “...*o nosso feitio individualista, sobretudo, o receio das continuas questões entre os co-proprietários e a imperfeita distribuição de encargos – o inquilino do primeiro andar, por exemplo, dá passagem a todos os outros pelo seu lanço de escada – deram lugar a que o artigo fosse letra morta...*”.

¹⁰⁹ Publicado pela Secretaria da Assembleia Nacional, DIÁRIO DAS SESSÕES, suplemento ao n.º 140, Camara Corporativa, 1 de Abril de 1948, IV Legislatura, Parecer n.º 29, pág. 408-(43).

¹¹⁰ Atas da Camara Corporativa, n.º 44, VI Legislatura, de 2 de Abril de 1955.

¹¹¹ Atas da Camara Corporativa, n.º 56, VI Legislatura, de 3 de Setembro de 1955.

regulamentar o artigo 2335.º do Código da altura, estabelecia todo um regime do instituto da propriedade horizontal.

Este Decreto-Lei só viria a ser revogado com a entrada em vigor do atual Código Civil, nos seus artigos 1414.º a 1438-A.º, que são, necessariamente, a base do objeto de estudo do presente trabalho.

Em conclusão, nesta fase, o instituto da propriedade horizontal, tanto em Portugal, como no resto do mundo, cresce, desenvolve-se e consolida-se, passando de figura jurídica pontual e formal, para a mais comum forma de domínio urbano sobre a habitação, com uma determinante preponderância económica na generalidade dos países.

2. NATUREZA JURÍDICA DA PROPRIEDADE HORIZONTAL

Quando aprofundamos a matéria relativa à natureza jurídica da propriedade horizontal, deparamos com várias concepções diferentes, conforme as diferentes perspetivas de abordagem do instituto: como uma situação de propriedade da fração; como uma situação de compropriedade de todo o edifício; como um direito real novo de carácter dualista, propriedade-compropriedade¹¹²; e ainda a perspetiva societária anglo-saxónica.

Alcancamos esta sistematização, que agrupa perspetivas de abordagem ao Instituto, depois de analisar as diferentes opiniões, devidamente setorizadas, que historicamente, não só em Portugal, mas também pelas diversas doutrinas europeias, têm sido seguidas, e tendo em conta os estudos que se debruçaram sobre a natureza da figura jurídica objeto do presente estudo, e que, designadamente, configuram o Instituto nos seguintes termos:

i) Para uns, na propriedade horizontal não existe qualquer direito de propriedade individual, recaindo apenas, e sobre a totalidade do edifício, um direito de compropriedade detido pelo conjunto dos alegados titulares das frações.

Em relação às frações individualmente consideradas, cada titular teria apenas o direito de a fruir em exclusivo, não alterando, com isso, a natureza, nem do seu direito, nem o direito dos outros contitulares. Aconteceria assim, que nenhum dos condóminos seria dono da sua fração, mas apenas poderia fruir em exclusivo de uma parte determinada do prédio de todos.

¹¹² Não desconhecemos diferentes concepções, como a de Menezes Cordeiro (CORDEIRO, A. MENEZES, «Direitos Reais», Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979, pág. 637), que agrupa as visões hipotéticas de natureza jurídica da propriedade horizontal em quatro e não três, respetivamente: uma situação de compropriedade; uma situação de propriedade; uma situação dualista compropriedade-propriedade e; um direito Real. Não optamos por esta divisão pois não encontramos sinais razões justificativas para se autonomizar as duas últimas teses quando a existência de um direito real com carácter dualista conforma numa só essas duas. De igual forma não deixamos de estudar a opinião de João Alves (ALVES, JOÃO, Propriedade Horizontal – *As Limitações de Direito Privado à Realização de Obras Que Prejudiquem a Segurança, a Estética e a Linha Arquitetónica do Edifício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pág.27, 28 e 29) que agrupa as visões hipotéticas em cinco teorias: a teoria da pessoa coletiva; a teoria da propriedade especial; a teoria dualista; a teoria do direito real complexo; e a teoria do direito real de gozo. Também aqui não defendemos, nem aprofundamos, esta divisão, pois não encontramos razões de fundo que não aconselhem o agrupamento destas nas três que desenvolvemos, desconsiderando a opção pela pessoa coletiva.

ii) Para outros, os diversos titulares do direito de propriedade, em propriedade horizontal, todos juntos, formariam um novo ente coletivo, como que se de uma pessoa jurídica nova se tratasse, uma espécie de figura híbrida entre um conjunto de pessoas singulares e uma pessoa coletiva. Na nossa realidade normativa tal visão seria impossível, pois, a existir o condomínio como ente jurídico, o mesmo teria personalidade jurídica própria e conseqüente personalidade judiciária, não necessitando, como necessita, que o Código de Processo Civil lhe atribua, excecionalmente, personalidade judiciária sem personalidade jurídica, como sucede.

iii) Há, por outro lado, quem, focando-se na base de a propriedade horizontal assentar num direito de propriedade plena sobre a fração individual, defenda uma alegada teoria da servidão¹¹³, segundo a qual cada condômino seria titular de um direito pleno de propriedade sobre a sua fração, estando esse direito onerado por servidões prediais em relação a todas as outras frações de que, de si, dependessem, frações essas plenas propriedades dos condôminos seus titulares. Assim o proprietário do R/C de um prédio ou seria proprietário exclusivo do solo no qual a sua fração assentasse, ou, caso o solo fosse compropriedade dos proprietários de todas as frações, teria uma servidão sobre esse solo.

Conseqüentemente, o proprietário do primeiro andar beneficiaria de uma servidão em relação ao proprietário do andar inferior para justificar a construção do seu andar sobre o do outro e, ao mesmo tempo, era sujeito passivo de uma servidão em favor do andar de cima, segundo a mesma ordem de ideias. Nestes termos, o proprietário do último andar seria também proprietário exclusivo do telhado.

Como é evidente, não pode esta visão vingar no nosso atual sistema normativo, uma vez que, nos termos do artigo 1421.º, o telhado, o solo, e outras partes componentes da totalidade do prédio, são partes comuns, e, por isso, as respetivas benfeitorias da responsabilidade de todos os condôminos, e não exclusivamente de um determinado, como necessariamente aconteceria com a aplicação desta teoria.

iv) Outros ainda, que na senda da teoria anterior, defendiam a existência de uma propriedade plena dos condôminos sobre as suas frações, propriedade essa onerada, também aqui, pelo pleno direito de propriedade dos titulares dos andares

¹¹³ Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 53.

acima, distinguindo-se da precedente, unicamente no que diz respeito à natureza do direito que onera, que nessa anterior, seria um direito de servidão e nesta é de superfície.

Por assentar esta teoria nos mesmos pressupostos, fazem-se as mesmas críticas, no âmbito do nosso sistema normativo, que se fez à anterior, acrescentando-se ainda que esta teoria não seria apta a definir a natureza do relacionamento entre cada condómino e aqueles que, não estando nem acima nem abaixo da sua fração, se encontravam no mesmo piso.

Assim, podemos resumir estas quatro conceções de natureza jurídica da propriedade horizontal nas três que infra se enunciam, e se sintetizam nos seguintes termos: a propriedade horizontal tanto pode ser vista como uma forma de a propriedade se manifestar, como uma forma de compropriedade, ou ainda como uma figura real nova, híbrida, e de carácter dualista (propriedade e compropriedade).

2.1. Como propriedade

É inegável que a propriedade horizontal abarca, por um lado a propriedade, pelo menos aparentemente, plena das frações autónomas, e a compropriedade das partes comuns, o que resulta expressamente do artigo 1414.º, onde é dito que “*as frações, em condições de constituírem unidades independentes, podem pertencer a proprietários diversos...*”.

Ora, de um ponto de vista sistemático, no Código Civil português, a propriedade horizontal vem inserida no III Livro (Direito das Coisas), no Título II, relativo ao Direito de propriedade, estando-lhe destinado um capítulo, o VI, no mesmo patamar dos cinco capítulos anteriores, relativos, respetivamente, à propriedade em geral; à Aquisição da propriedade; à propriedade de Imóveis; à propriedade das Águas; e à Compropriedade. A par do Título relativo à propriedade, onde se insere a matéria objeto do presente estudo, e analisando um patamar acima, temos um Título relativo à Posse (Título I); outro relativo ao Usufruto, Uso e

Habitação (Título III); outro relativo ao direito de Superfície (Título V); e ainda outro relativo às Servidões Prediais (Título VI)¹¹⁴.

Assim, é inegável que foi intenção do Legislador, de um ponto de vista sistemático, não autonomizar a propriedade horizontal, bem como a Compropriedade, como um direito real autónomo, como fez com os cinco Direitos Reais *supra* referidos aos quais destinou um Título a cada (Títulos III, V e VI), mas inseriu-os no Título do próprio Direito de propriedade, criando, no mínimo, a aparência que ambos são manifestações da própria propriedade.

Curiosamente, e recorrendo ao direito comparado, a sistematização do Código Civil Espanhol reserva à propriedade horizontal um só artigo (artigo 396)¹¹⁵, inserido no *Libro II (DE LOS BIENES, DE LA PROPIEDAD Y DE SUS MODIFICACIONES)*, Título III (De la comunidad de bienes), ou seja, inserido no Título relativo à Compropriedade que se encontra em paralelo com a Classificação dos Bens (Título I); a propriedade (Título II); algumas propriedades Especiais (Título IV); a Posse (Título V); o Usufruto, o Uso e Habitação (Título VI); as Servidões (Título VII); e o Registo da propriedade (Título VIII) e trata, sistematicamente, a Compropriedade como um

¹¹⁴ Não nos referimos aqui à enfiteuse, correspondente ao antigo Título IV, uma vez que o instituto foi abolido, bem como todos os artigos que integravam o título em causa foram revogados pelos Decretos-Lei 195-A/76, de 16 de Março, e 233/76, de 2 de Abril, deixando assim de existir os artigos 1491.º a 1523.º.

¹¹⁵ *Los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, vuelo, cimentaciones y cubiertas; elementos estructurales y entre ellos los pilares, vigas, forjados y muros de carga; las fachadas, con los revestimientos exteriores de terrazas, balcones y ventanas, incluyendo su imagen o configuración, los elementos de cierre que las conforman y sus revestimientos exteriores; el portal, las escaleras, porterías, corredores, pasos, muros, fosos, patios, pozos y los recintos destinados a ascensores, depósitos, contadores, telefonías o a otros servicios o instalaciones comunes, incluso aquellos que fueren de uso privativo; los ascensores y las instalaciones, conducciones y canalizaciones para el desagüe y para el suministro de agua, gas o electricidad, incluso las de aprovechamiento de energía solar, las de agua caliente sanitaria, calefacción, aire acondicionado, ventilación o evacuación de humos; las de detección y prevención de incendios; las de portero electrónico y otras de seguridad del edificio, así como las antenas colectivas e demás instalaciones para los servicios audiovisuales e de telecomunicación, todas ellas hasta la entrada al espacio privativo; las servidumbres y cualesquiera otros elementos materiales o jurídicos que por su naturaleza o destino resulten indivisibles.*

Las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable.

En caso de enajenación de un piso o local, los dueños de los demás, por este solo título, no tendrán derecho de tanteo ni de retracto.

Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.

direito com a mesma posição sistemática que a propriedade, contendo no seu seio, como uma das formas de se organizar, a propriedade horizontal.

No entanto, se atentarmos ao texto do artigo 396.º do Código Civil Espanhol, no seu último parágrafo, refere-se à propriedade horizontal como “...*esta forma de propiedad...*” o que, pelo menos numa primeira análise, parece não sustentar uma resposta conclusiva quanto à própria natureza jurídica daquela.

Assim, temos que analisar as diferentes hipóteses. Se aceitarmos que a propriedade horizontal é uma forma de manifestação da propriedade, isto só por si, ainda não nos dá a cabal resposta que procuramos, pois, ainda aqui, poderá o objeto sobre o qual recai o nosso direito ser o prédio que se subdivide em frações ou, por outro lado, ser cada fração isoladamente considerada.

Caso considerássemos que estávamos perante uma forma de manifestação da propriedade, sendo o objeto a totalidade do prédio, levantar-se-nos-ia, desde logo, o problema de justificar a natureza jurídica do relacionamento entre os condóminos no que diz respeito às partes comuns, ao que acresceriam todos os problemas, a que adiante nos referiremos, respeitantes à Compropriedade, assim como os respeitantes à natureza do relacionamento originado pela problemática emergente da utilização das frações autónomas.

Do ponto de vista das próprias frações, o n.º 1 do artigo 1420.º refere que “...*cada condómino é propietario exclusivo da fração que lhe pertence...*”, não seria, de todo, fácil concretizar que um direito, o direito de propriedade sobre a totalidade do prédio, fosse parcialmente regulado por si próprio – Direito de propriedade – aqui somente relativo a cada fração, para partes específicas e determinadas do seu objeto e, numa outra parte, a parte comum, regulado por outro Instituto Jurídico, a Compropriedade.

Tal solução levaria ao absurdo jurídico de termos um direito de propriedade limitado – propriedade de raiz¹¹⁶ –, em relação a partes determinadas do objeto, pela propriedade, que na realidade é o mesmo direito, o que significaria que teríamos um direito menor tão amplo que esgotaria a totalidade das utilidades que o direito maior contém, extinguindo o próprio direito maior. Daqui resultaria que a propriedade plena das frações eliminaria, *ab initio*, a propriedade sobre a totalidade do prédio.

¹¹⁶ Cf. PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Direitos Reais*, publicados por Moreira, Álvaro & Fraga, Carlos, Almedina, Coimbra, 1971, pág. 113.

2.2.Como Compropriedade

Se, por outro lado, aceitarmos que a propriedade horizontal é uma forma de organização da compropriedade como direito real autónomo, tal como a organização sistemática, por exemplo, do Código Espanhol aponta, temos que, antes de mais, nos debruçarmos sobre a própria natureza jurídica da Compropriedade.

Para os diferentes autores a Compropriedade tem revestido uma de três possíveis formas de natureza jurídica: a da existência de vários direitos sobre quotas ideais do mesmo objeto (doutrina tradicional nas palavras de Pires de Lima e Antunes Varela¹¹⁷); a da existência de vários direitos de propriedade sobre a totalidade do objeto, limitados reciprocamente; e a da existência de um só direito com vários titulares.

2.2.1. Doutrina tradicional, ou da existência de vários direitos sobre quotas ideais do mesmo objeto.

Esta posição, referida por Manuel Rodrigues¹¹⁸, e defendida mais recentemente por Mota Pinto¹¹⁹, diz-nos que a compropriedade não será, quanto à sua natureza, a comunhão, por mais do que um indivíduo, de um mesmo direito de propriedade, mas sim um direito de propriedade plena sobre uma quota ideal do objeto.

Esta posição não coloca em causa o princípio da compatibilidade¹²⁰, que nos diz que só pode existir um direito real sobre determinada coisa, na medida em que seja compatível com outro direito real que recaia sobre a mesma coisa. Ora, dois direitos reais, sobre uma mesma coisa, são compatíveis entre si, se o exercício de cada um deles pelo respetivo titular, não impedir o exercício do outro direito real que sobre o mesmo objeto recaia.

No caso da compropriedade, o aproveitamento das utilidades que a coisa proporciona, regulado pelo consignado nos artigos 1406º e 1407º, admite, nos termos

¹¹⁷ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado, Vol. III* (2ª edição, revista e atualizada – reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pág. 344.

¹¹⁸ RODRIGUES, MANUEL, *A Posse, Estudo de Direito Civil Português*, COIMBRA, 1996, pág. 142.

¹¹⁹ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 254.

¹²⁰ Cf. Princípios relativos ao lado interno dos direitos reais, cf. CARVALHO, ORLANDO DE, *Direito das Coisas* (1ª Edição), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pág. 170, ss.

do n.º 1 do primeiro citado artigo, que os comproprietários exerçam, em conjunto, todos os direitos que pertencem ao proprietário singular, e que, nos termos do 1407.º e do n.º 2 do 1406.º, cada um dos contitulares pode servir-se da coisa, contanto que não a empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destina, e não prive os outros consortes do uso a que também têm direito, tendo mesmo o direito de, isoladamente, reivindicarem de terceiro a coisa comum. Posto isto, vemos que, não obstante a compatibilização seja artificial e positivo-legalista, é inegável que, caso se aceite a posição de dois direitos diferentes sobre uma mesma coisa, o princípio da compatibilidade é totalmente respeitado.

Certo é também que, se ainda que por fenómeno do acaso, sobre uma mesma coisa, fossem surgindo dois direitos reais incompatíveis entre si (por exemplo como resultado de posses incompatíveis e consequente funcionamento do Instituto do Usucapião), ou os direitos eram compatibilizados por compressão do mais amplo em favor dos limites do mais restrito (por exemplo compressão de um usufruto com uma servidão de águas), ou, então, caso se tratasse do mesmo direito, por força da aplicação do disposto no artigo 1404º, submeter-se-ia o conflito às regras da compropriedade, ou seja, da comunhão de qualquer outro direito real.

Assim, aceitar que a compropriedade é um direito real novo, uno, e sobre uma quota ideal da coisa, seria o mesmo que aceitar que existiriam tantos direitos reais novos quantas comunhões se pudessem constituir com base em todos os direitos reais de gozo em especial.

Por outro lado, se considerarmos que a compropriedade é um direito real em si mesmo, ele tem que recair sobre a totalidade da coisa. Se considerarmos que a coisa sobre a qual recai a compropriedade é uma quota ideal do objeto sobre o qual, originariamente, recaia a propriedade plena, teremos, no hipotético caso de compropriedade de dois consortes, dois direitos autónomos de compropriedade, cada um sobre uma quota ideal de 50% do objeto, quotas essas independentes uma da outra e como tal, recaindo um só direito independente sobre cada uma delas.

Parece também que, tal tese, irá buscar algum suporte teórico ao n.º 2. do artigo 1403º, primeira parte, onde refere que “...os direitos dos consortes ou comproprietários sobre a coisa comum são qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes...”, uma vez que, e na senda do referido no parágrafo anterior, se os direitos são qualitativamente iguais, para que sejam compatíveis entre si, têm que recair sobre coisas diferentes.

Uma vez que, em sede de direitos reais de gozo, sobre uma mesma coisa só podem ser compatibilizados diferentes direitos se essa diferença for qualitativa – o que significa que serão diferentes as utilidades que um dos direitos permite ao seu titular retirar da coisa, em relação às utilidades que permite o outro direito – nunca poderiam existir duas figuras jurídicas, considerando-se ou não a compropriedade um direito real autónomo da propriedade, que permitisse a dois diferentes titulares aproveitarem-se das mesmas utilidades de uma mesma coisa.

Parece-nos claro que esta doutrina, tal como aponta Mota Pinto¹²¹, além da sustentação teórica e doutrinária que possa ter apoio literal na própria letra do Código Civil, nomeadamente nos artigos 1403º, n.º 2 [...as *quotas* presumem-se, todavia, quantitativamente iguais...], 1405º [...em proporção das suas *quotas*...], 1406º [...*não constitui posse exclusiva ou posse de quota superior à dele*...], 1408º, n.º 1. [...o *comproprietário pode dispor de toda a sua quota*...] e 1411º, n.º 1, [...em proporção das respetivas *quotas*...], não está isenta de críticas.

A generalidade da doutrina aceita que a principal característica dos direitos reais é a eficácia absoluta, que não é mais do que o poder que o titular do direito real tem de exigir, de todos os outros, que se abstenham de ter comportamentos que turvem o gozo das utilidades que a coisa proporciona. Com a compropriedade a ser vista como dois diferentes direitos sobre quotas ideais de uma mesma coisa, atento o limite que nos é imposto pelo artigo 1406º, cada um dos comproprietários tem o seu gozo das utilidades da coisa, turvado pelo mesmo gozo disfrutado pelo outro, ou outros, comproprietários.

Não é, por outro lado, defensável que tal situação seja semelhante à compatibilidade entre outros diferentes direitos reais de gozo que sobre uma coisa possam recair, o que aconteceria, por exemplo, se sobre um mesmo imóvel recaísse um direito de propriedade de A, uma servidão de passagem a favor do prédio de B e um direito de superfície a favor de C. Aqui, a propriedade de A, comprimida ou onerada pelos outros direitos reais de gozo criados, ficava despida dos poderes correspondentes às utilidades desses mesmos direitos, aproximando-se de uma propriedade de raiz, e, tornando-se necessariamente diferente de uma plena propriedade, não tendo assim, o seu titular, os poderes sobre a coisa que

¹²¹ Cf. PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *ob. cit.*, 1971, pág. 256 ss.

correspondessem aos poderes dos outros dois, evitando assim qualquer incompatibilidade.

No entanto, é curioso que, admitindo-se esta tese, com o surgimento do direito real novo de compropriedade, a propriedade original (que na presença de outros direitos reais de gozo se comprime, ainda que reduzida à sua raiz, e não se extingue), extingue-se, o que é um absurdo. Pois, é impossível admitir-se numa situação em que duas ou mais pessoas detivessem direitos reais sobre uma mesma coisa, sendo um dos direitos o de propriedade, ainda que limitada, e outro de compropriedade.

Se estas críticas não fossem suficientes para afastar esta teoria, uma outra, em nossa opinião, é absolutamente demolidora. Atento ao prescrito no n.º 1 do artigo 1405.º, “...os comproprietários exercem, em conjunto, todos os direitos que pertencem ao proprietário singular; separadamente, participam nas vantagens e encargos da coisa...”, não se compreenderia que, caso a compropriedade tivesse a natureza jurídica de direito real autónomo sobre uma quota ideal, o exercício desse direito ficasse dependente da ação conjunta de titulares de outros direitos autónomos e independentes que seria(m) o(s) outro(s) comproprietário(s). Não se poderia conceber um direito real, o de cada um, e como direito real que é com eficácia absoluta, cujo exercício ficasse dependente da atuação de um ou mais terceiros.

Esta obrigação, de exercício conjunto do direito, afasta a natureza concursal que pudesse advir da existência de dois direitos diferentes, o que obrigou o legislador a encontrar, como solução última e radical para uma ausência de entendimento, o direito potestativo de exigência da divisão previsto no artigo 1412.º.

2.2.2. Da existência de vários direitos de propriedade sobre a totalidade do objeto, limitados reciprocamente.

Esta posição, defendida por Vittorio Scialoja¹²², e entre nós por Luís da Câmara Pinto Coelho¹²³, e mais tarde por Oliveira Ascensão¹²⁴ e Menezes Cordeiro,

¹²² SCIALOJA, VITTORINO, *Teoria della Proprietá nel Diritto Romano*, Anonima Romana Editorial, Roma, 1933, pág. 715, ss.

¹²³ Cf. COELHO, LUÍS DA CÂMARA PINTO, *Da Compropriedade no Direito Português*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1939

pode ser resumida pela seguinte expressão do próprio Menezes Cordeiro (...a *compropriedade representa um concurso de vários direitos de propriedade sobre todos os bens, direitos esses que, justamente pela concorrência, se limitam no seu exercício...*)¹²⁵.

Se este conceito de limitação recíproca nos parece facilmente perceptível quando se trata da compatibilização de direitos reais qualitativamente diferentes (como por exemplo uma servidão e um direito de superfície), o mesmo já não se nos afigura quando se trata de direitos reais com o mesmo conteúdo, ou com conteúdos qualitativamente idênticos. Se o conteúdo de um direito real, do ponto de vista do seu sujeito ativo, representa o conjunto das utilidades que, da coisa, o titular do direito pode aproveitar, sendo iguais os conteúdos, iguais serão essas utilidades. Consequentemente, o aproveitamento das utilidades por parte de um dos comproprietários obstará ao aproveitamento dessas mesmas utilidades por parte do outro ou dos outros contitulares, não obstante, como mais à frente veremos, esta situação, à luz da letra da lei e tomando uma posição positivo-legalista não resultar, só por si, num absurdo.

Centrando-nos novamente no conteúdo do artigo 1406.º - utilização da coisa comum -, é permitido a qualquer dos comproprietários a utilização da totalidade da coisa comum, com as únicas ressalvas de, por um lado, não a empregar para um fim diferente daquele a que a coisa se destina, e, por outro, não privar os outros consortes do uso da coisa comum na mesma medida.

Aceitarmos esta teoria seria o mesmo que admitir que, no caso concreto da compropriedade, perdia vigor a eficácia absoluta dos direitos reais pois, sendo a eficácia absoluta o poder de exigir a todos os outros um comportamento de abstenção em relação à utilização da coisa pelo titular, nesta perspetiva, cada um dos proprietários não poderia impor ao outro essa abstenção, descaracterizando o próprio direito de propriedade naquilo que mais o identifica como maior dos direitos reais de gozo.

Por tudo isto, e não se encontrando diretamente, recorrendo à letra da lei, expressões que confortem, indiquem ou mesmo aceitem, de uma forma global, a adoção de tal teoria, temos, inevitavelmente, que nos afastar dela.

¹²⁴ Cf. ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil Reais* (5ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pág. 271.

¹²⁵ CORDEIRO, ^a MENEZES, «Direitos Reais», Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979, pág. 442.

2.2.3. Da existência de um só direito com vários titulares.

Não seria caso único, no direito vigente português, admitir-se a existência da comunhão de um direito subjetivo, o que acontece, por exemplo, com a *contitularidade de créditos* (artigosº 512º ss e 528º ss), a *comunhão conjugal* (artigosº 1721º ss e 1732º ss), a *comunhão hereditária* (artigosº 2079º ss), a *comunhão societária* e até mesmo os *baldios*.

Na ótica desta doutrina, defendida por Rui Pinto Duarte¹²⁶, e mesmo por Pires de Lima e Antunes Varela¹²⁷, a compropriedade não é um direito real autónomo em relação ao direito de propriedade, sendo apenas uma das formas da propriedade ser titulada.

Em relação a esta doutrina, e à semelhança da primeira das três, também encontramos na letra da lei, e até na sua sistematização, elementos definidores da sua sustentação. Concentremo-nos na letra dos artigosº 1403º, n.º 1 [...*existe... compropriedade quando duas ou mais pessoas são simultaneamente titulares do direito de propriedade sobre a mesma coisa.*], do 1404º [...*as regras da compropriedade são aplicáveis, com as necessárias adaptações, à comunhão de quaisquer outros direitos...*] e do 1405º, n.º 2. [...*cada consorte pode reivindicar de terceiro a coisa comum...*].

Para além da letra da lei, também a sistematização do Livro III do Código Civil, se é que não o faz deliberadamente, parece apoiar esta doutrina, uma vez que o Livro se encontra dividido em seis títulos: “da Posse”; “do Direito de propriedade”; “do Usufruto; Uso e Habitação”; “da Enfiteuse”¹²⁸; “do Direito de Superfície”; e “das Servidões Prediais”, enquanto que a Compropriedade aparece como V capítulo do título relativo à propriedade, podendo significar que é apresentada como uma das formas de a propriedade se manifestar, e não como um direito real próprio e autónomo, como aliás atrás vimos.

Refutando-se, desde logo, a segunda apontada teoria, por todos os argumentos acima aludidos, restam-nos apenas as outras duas que, nas felizes

¹²⁶ Cf. DUARTE, RUI PINTO, *Curso de Direitos Reais*, Princípia, Cascais, 2002, págs. 59 e 60.

¹²⁷ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 348 e 349.

¹²⁸ A *enfiteuse* foi abolida pelos Decretos-Lei 195-A/76, de 16 de Março, e 233/76, de 02 de Abril, tendo o primeiro abolido a enfiteuse sobre prédios rústicos, e o segundo extinto a mesma figura jurídica em relação a prédios urbanos.

expressões de Pires de Lima e Antunes Varela¹²⁹, se resumem, a primeira na “...comunhão de direitos... ...por contraste com...” a segunda, “...o chamado concurso de direitos, que se verifica quando sobre a mesma coisa incide uma pluralidade de direitos, de diversa ou de idêntica natureza...”.

A teoria do concurso de direitos, ou da existência de vários direitos sobre quotas ideais do mesmo objeto, é também inevitavelmente afastada pelos argumentos *supra* apresentados, com especial relevância para a impossibilidade de exercício autónomo dos poderes integrantes da compropriedade, sem a ação ou anuência de um terceiro que seria o outro comproprietário.

Assim, a teoria da comunhão do direito de propriedade ou da existência de um só direito com vários titulares, tem o nosso acordo, e nem o facto de as outras comunhões existentes na lei não terem, por regra, natureza real, pode retirar a especificidade própria desta forma de propriedade comumente exercida, que torna, a nosso ver, inabalável a natureza jurídica de comunhão na propriedade do instituto da compropriedade.

Transferindo agora esta visão de compropriedade para a natureza jurídica da propriedade horizontal, aceitando-se que esta seria uma forma de organização daquela, este Instituto Jurídico consistiria numa forma de comunhão de um prédio, que atribuísse a propriedade independente das frações aos diferentes condóminos, com regulamentação própria e específica.

Teríamos assim uma compropriedade, como uma forma de comunhão da propriedade, limitada por propriedades menores, de cada condómino, que, e tal como acima acontecia, esvaziariam ou anulariam, *ab initio*, o próprio direito de propriedade do prédio. Assim, tal natureza resultaria, juridicamente, num absurdo, o que nos leva a afastar também esta teoria.

2.3. Como direito real novo de carácter dualista

Debruçando-nos agora sobre a possibilidade de a propriedade horizontal configurar um direito real novo, com carácter dualista, não podemos deixar de partir das duas hipóteses preconizadas por Menezes Cordeiro, que defendeu que “...a

¹²⁹ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 346.

*propriedade horizontal, entendida como comunhão pode ser arquitetada diversamente... ..(onde)... ..existiria (ou) uma sociedade entre condóminos; (ou) uma pessoa coletiva específica*¹³⁰.

Para aceitarmos a existência de um direito real próprio – a propriedade horizontal - e não uma forma de organização da propriedade, ou mesmo de compropriedade (não obstante a compropriedade ser, como anteriormente vimos, uma forma de a própria propriedade ser comungada por mais do que um titular), antes de mais, temos que verificar se o objeto central da propriedade horizontal é o próprio prédio em si, ou se, por outro lado, são as frações que o integram.

Justifica Mota Pinto, defensor da natureza dualista resultante do concurso do de dois direitos distintos, de propriedade e de compropriedade, que a coexistência da plena propriedade das frações e da compropriedade das partes comuns, é de tal forma relevante que “...*na alienação do direito de propriedade horizontal vão coenvolvidos a propriedade sobre a parte privativa e o direito de compropriedade sobre as partes comuns...*”¹³¹.

Não concordamos com esta opinião por três ordens de ideias. Por uma lado, sendo função do direito criar normas que regulem a vida social, não nos podemos esquecer do que, na prática, significa a propriedade horizontal para os indivíduos. Ninguém afirma ser proprietário horizontal de parte de um prédio nem diz que compra ou vende uma propriedade horizontal. As pessoas referem-se sempre à fração, à sua compra e venda e à sua propriedade. No conceito comum, comprar uma fração está ligado ao direito de propriedade, pleno da fração, e não a qualquer compropriedade existente.

Por outro lado, sendo inegável que, num mesmo prédio, vão coexistir direitos plenos sobre as frações e compropriedade sobre as partes comuns, considerar que a natureza jurídica deste instituto jurídico é dualista, significa que estamos a dar semelhante, ou pelo menos comparável, relevância à propriedade e à compropriedade. Na realidade não é isto que acontece. A propriedade da fração é claramente o objeto central da propriedade horizontal, tal como resulta do artigo 1414.º, e a existência da compropriedade das partes comuns é instrumental e acessória da primeira.

Por último, o elemento sistemático também nos afasta desta opinião. Tal como a compropriedade, a propriedade horizontal aparece no Código Civil inserida no título

¹³⁰ Cf. CORDEIRO, A. MENEZES, «Direitos Reais», Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979, pág. 637.

¹³¹ Cf. PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *ob. cit.*, 1971, pág. 274.

relativo à propriedade, e não em títulos autónomos como o que acontece com os outros direitos reais em especial (usufruto, superfície e servidões prediais). Aparece assim, dentro do título, em capítulo próprio, com igual posição sistemática aos outros capítulos relativos à propriedade em geral, à aquisição da propriedade, à propriedade de imóveis, à propriedade de águas e à compropriedade. Não é, na nossa opinião defensável que se o legislador tivesse pretendido considerar a propriedade horizontal um direito real próprio e autónomo, não lhe tivesse consagrado um título próprio.

2.4. Concessão preferível

Atendendo ao conteúdo do artigo 1414.º, ressalta-nos, desde logo, como evidente, que o objeto central do direito em estudo é, tal como o próprio artigo o refere, a fração e não a totalidade do prédio¹³². Conclusão que facilmente se alcança, tendo presente que o Instituto da propriedade horizontal serve para assegurar que o titular do direito real de propriedade é dono dessa casa, ainda que a mesma se integre num prédio sobre o qual incidam direitos reais de outros titulares.

De igual forma, se se considerasse que o objeto da propriedade horizontal era o próprio prédio, não se perceberia como poderiam as frações ter um estatuto diferente do de parte componente do prédio, só se podendo transmitir a sua titularidade no momento da separação material, o que seria um absurdo¹³³. Com a mesma motivação, para que se constituíssem direitos reais sobre cada uma das frações, ter-se-ia que, inevitavelmente, constituir direitos reais sobre a totalidade do objeto, ou seja, sobre a totalidade do prédio.

Ora, neste ponto, não podemos esquecer a definição que antecipadamente apresentámos do conceito de propriedade horizontal, como a forma pela qual o Direito Civil, na parte dedicada ao domínio das coisas, confere ao proprietário um poder soberano sobre a fração, objeto do instituto, de um edifício regularmente constituído, de acordo com determinado estatuto previsto na lei, e, ulteriormente, no título constitutivo da propriedade horizontal, ao mesmo tempo que confere àquele proprietário um direito, que ultrapassa o da sua fração privativa, permitindo-lhe

¹³² Artigoº 1414.º - “*As frações de que um edifício se compõe, em condições de constituírem unidades independentes, podem pertencer a proprietários diversos em regime de propriedade horizontal.*”

¹³³ Cf. artigoº 408.º, n.º 2, segunda parte.

manifestar a sua soberania para além dos limites materiais da sua fração, concretamente sobre uma área que é comum a todos os condóminos¹³⁴.

Esta situação, de o estatuto de um direito real permitir que o seu titular exerça a sua soberania sobre a coisa, objeto do seu direito, ultrapassando os limites materiais desse objeto, não é virgem e existe noutros direitos reais que não a propriedade, organizada sob a forma de propriedade horizontal. A título de exemplo, se tivermos em conta o facto de a lei consentir que o proprietário utilize o prédio vizinho para colher frutos seus¹³⁵, estamos a permitir que o exercício do seu poder soberano sobre o seu terreno, do qual as árvores e os frutos são partes integrantes, se concretize na recolha dos seus frutos, sem mais, utilizando o objeto do direito real de propriedade de um terceiro. Exemplo semelhante, e que syndica o que se expôs, é o da previsão que admite que se possa invadir o prédio vizinho para reparar algum edifício ou construção¹³⁶.

No entanto, a realidade que a propriedade horizontal nos revela, em sede do seu estatuto, ao permitir a utilização das partes comuns, extravasando os limites do objeto da titularidade do sujeito, que é a fração, tem aqui uma particularidade singular face aos apontados exemplos. Em ambas as situações exemplificadas, o exercício do direito real, no caso propriedade, faz-se sobre coisa objeto da propriedade de terceiro, e aqui, por sua vez, esse exercício faz-se sobre o objeto – propriedade comum do conjunto dos donos de frações desse prédio –, não sendo esse objeto indissociável do conjunto do prédio e do conjunto das frações.

No caso específico da propriedade horizontal, o exercício do direito faz-se sobre terreno necessariamente comum entre todos os condóminos, numa situação não virgem no direito português, porquanto semelhante ao regime dos baldios¹³⁷, que são “...os terrenos não apropriados individualmente de que os vizinhos de um ou mais povoados podem tirar proveito de acordo com a natureza do terreno e respeitando os usos... ...[e em que]... ...nenhum dos vizinhos é dono de qualquer quota-parte do baldio e não pode continuar a tirar proveito do baldio se perder a qualidade de

¹³⁴ Cf. Capítulo II, 1.

¹³⁵ Cf. artigoº 1367.º.

¹³⁶ Cf. artigoº. 1349.º, n.º 1.

¹³⁷ Os baldios estão atualmente consagrados na Lei n.º 68/93, de 4 de Setembro, com as alterações estabelecidas pela Lei n.º 89/97, de 30 de Julho.

*vizinho. O baldio é propriedade do Universo dos vizinhos enquanto habitam e trabalham na povoação ou povoações correspondentes...*¹³⁸.

Também ali, como aqui, no que diz respeito às partes comuns na propriedade horizontal, estas são insuscetíveis de apropriação individual, por um lado, e, por outro, o condómino perde o direito que sobre elas tem, caso altere a sua esfera jurídica em relação a uma situação terceira, no caso dos baldios, ser vizinho¹³⁹, e no caso da propriedade horizontal, ser titular de uma fração.

Assim, e tendo em conta a definição já apresentada de propriedade horizontal, e no que diz respeito à sua natureza jurídica, concluímos que se trata de um instituto que talha o exercício do poder soberano de propriedade do titular de uma fração, assim como o exercício deste mesmo direito, relativamente a objeto diverso da fração, as partes comuns, que são tituladas por uma pluralidade de sujeitos com direitos qualitativamente iguais.

Do ponto de vista do objeto, será o que define os termos do direito de propriedade plena de uma fração integrante de um prédio, especialmente interligada, funcional e juridicamente, às outras frações co-integrantes do mesmo prédio.

Não estamos então perante uma natureza jurídica de propriedade tal como foi anteriormente vista, mas sim perante uma diferente forma de propriedade plena, sobre as frações, que implica, para o seu gozo, a extensão do poder soberano, para além dos limites de cada fração, a partes necessariamente comuns do prédio em que se insere.

¹³⁸ Cf. BICA, ANTÓNIO, «O Regime Jurídico dos Baldios», in *Voz da Terra*, janeiro, 2003, pág. 12.

¹³⁹ O artigo 1, n.º 3 da Lei n.º 68/93, de 4 de Setembro, não denomina os beneficiários da fruição de vizinhos mas sim de compartes, com a seguinte redação: “São compartes os moradores de uma ou mais freguesias ou parte delas que, segundo os usos e costumes, têm direito ao uso e fruição do baldio.”

II – IDENTIFICAÇÃO, CARACTERIZAÇÃO E FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DO INSTITUTO

1. O OBJETO DA PROPRIEDADE HORIZONTAL – AS PARTES COMUNS E AS FRAÇÕES AUTÓNOMAS

1.1. Preliminar

O artigo 1415.º, referindo-se ao objeto da propriedade horizontal, refere que “...só podem ser objeto de propriedade horizontal as frações autónomas que, além de constituírem unidades independentes, sejam distintas e isoladas entre si, com saída própria para parte comum do prédio ou para a via pública...”. Estando a falar de frações de um mesmo prédio¹⁴⁰, é inevitável aceitar que terão que coexistir, no seio do objeto deste direito, partes comuns e partes próprias, cuja divisão e preponderância no objeto total passaremos a estudar.

A definição de partes comuns e de partes privativas de cada fração autónoma é estabelecida, no nosso código, pela positiva em relação às primeiras e pela negativa em relação às privativas. Assim, é parte comum tudo o que for expresso como tal na lei, sendo privativo tudo o resto.

Na enumeração das partes comuns, no artigo 1421.º, o legislador optou por as dividir em partes comuns propriamente ditas, imperativamente comuns, no n.º 1 do artigo, e as partes presumivelmente comuns, no n.º 2. Em relação às primeiras, enumerou o solo, alicerces, colunas, pilares, paredes mestras e tudo o que constituir a estrutura do prédio, telhado, terraços de cobertura, entradas, vestíbulos, escadas e corredores de uso ou passagem comum, instalações gerais de água, eletricidade, aquecimento, ar condicionado, gás, comunicações. Por seu turno, em relação às segundas, enumerou os pátios e jardins anexos aos edifícios, ascensores, dependências destinadas ao uso e habitação do porteiro, as garagens e lugares de estacionamento e, de um modo geral, as coisas que não estejam afetadas ao uso exclusivo de um dos condóminos...”.

As primeiras, como se pode facilmente depreender, sendo imperativamente comuns, nem por acordo das partes nem por imposição do título constitutivo, poderão ter um estatuto diferente que não o de parte comum, enquanto as segundas, devido ao

¹⁴⁰ Cf. artigo n.º 1414.º.

carácter supletivo da qualificação, só terão esse estatuto se o título constitutivo não o estabelecer diferentemente.

1.2. As partes comuns

O carácter dualista da propriedade horizontal, estabelecendo que sobre um mesmo prédio existam direitos de propriedade plena sobre as frações e direito de compropriedade, ou comunhão na propriedade, sobre as outras partes, conduz-nos à classificação das partes componentes do prédio, devidamente individualizadas, em comuns ou privadas.

Por um lado, a importância da distinção entre ambas implica diversas formas de responsabilização dos condóminos¹⁴¹ no que a cada parte diz respeito, quer no que se relaciona com a decisão respeitante a benfeitorias, quer em relação ao pagamento das despesas inerentes àquelas. Por outro lado, altera também a própria configuração jurídica do prédio, pois, por força do n.º 1 do artigo 1418.º “...no título constitutivo serão especificadas as partes do edifício correspondentes às várias frações... ...e será fixado o valor de cada fração, expresso em percentagem ou permissão, do valor total do prédio...” o que demonstra que para efeitos de avaliação do prédio, bem como de responsabilização dos condóminos, só são relevantes as frações autónomas, o que significa, por exemplo, no que diz respeito a uma fração destinada ao porteiro, pode a mesma ter estatuto de fração autónoma ou, por força do título constitutivo, ser uma parte comum. Na primeira hipótese está sujeita a valoração em sede de percentagem ou permissão do prédio, e na segunda hipótese, não produz quaisquer efeitos nesse fracionamento jurídico do prédio.

¹⁴¹ Entendemos que “condómino” é o titular de uma fração de um prédio, constituído em propriedade horizontal. Caso um sujeito seja titular, num mesmo prédio, de mais do que uma fração, será condómino tantas vezes quantas as frações de que for proprietário. Isto resulta do texto do n.º1 do artigo 1420.º que estabelece que “... cada condómino é proprietário exclusivo da fração que lhe pertence ...”, estabelecendo como absolutamente necessário para a individualização de condómino a relação singular titular/fração, sendo assim condómino cada titular de cada fração. Atendendo, por exemplo, ao previsto em matéria de inovações no art. 1425.º, n.º1, para se contabilizar a maioria dos condóminos, cada condómino titular de mais do que uma fração, será tantas vezes condómino quantas as suas respectivas frações.

1.2.1. Partes necessariamente comuns

Estabelece o n.º 1 do artigo 1421.º que são comuns “...o solo, bem como os alicerces, colunas, pilares, paredes mestras e todas as partes restantes que constituam a estrutura do prédio...”, “...o telhado e os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso de qualquer fração...”, “...as entradas, vestibulos, escadas e corredores de uso ou passagem comum a dois ou mais condóminos...” e “...as instalações gerais de água, eletricidade, aquecimento, ar condicionado, gás, comunicações e semelhantes...”.

A partir do estabelecido, a propriedade em comum dos elementos estruturais do prédio assim como dos elementos de utilização necessariamente comuns, impede que os condóminos, ainda que por unanimidade, estabeleçam natureza diferente a essas partes, o que já não sucede com o disposto no n.º 2 do enunciado preceito, configurado pelo legislador como supletivo. Não se desconhece diferentes propostas de distinção de outros autores, no entanto somos de opinião que, na prática, estas distinções, assentes necessariamente em preciosismos, não justificam aprofundamento de eventuais não coincidências de opinião¹⁴².

1.2.1.1. Quanto aos elementos estruturais do prédio

Estes elementos, que inserem os elementos de que, independentemente de existirem ou não frações autónomas, a própria existência física do prédio depende, ou seja os elementos de implantação, de estrutura construtiva e de cobertura, merecem um tratamento individualizado.

¹⁴² Sandra Passinhas, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 30, que defende a divisão em quatro tipos diferentes de afetação: afetação estrutural; afetação envolvente ou de cobertura; afetação de comunicação; e afetação funcional; FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Lições de Direitos Reais* (4ª edição), Quid Iuris, Sociedade Editora, Lisboa, 2003, pág. 354, defende a divisão em solo, elementos estruturais do edifício, zonas de circulação internas comuns e instalações correspondentes a serviços comuns; LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 420, propõem a divisão em partes que integram a estrutura e partes que revestem interesses coletivos; e ainda NETO, ABÍLIO, *Manual da Propriedade Horizontal* (3ª edição), Ediforum, Edições jurídicas, Lisboa, 2006, pág. 131, defende a divisão entre partes componentes ou integrantes da unidade predial, fazendo como tais, parte da estrutura dessa unidade e partes que são indispensáveis ao gozo da propriedade singular, titulada por cada condómino.

1.2.1.1.1. Os elementos de implantação – o Solo.

Para a definição de solo que nos é apresentada por Pires de Lima e Antunes Varela, este será “...o terreno sobre o qual se ergue a construção ou que serve de logradouro a esta...”¹⁴³. Aceitando esta definição como boa, seríamos obrigados a concluir que qualquer parcela de terreno adjacente a um prédio constituído em propriedade horizontal, teria que ser necessariamente elemento comum desse prédio e, como tal, insuscetível de integração na fração autónoma de qualquer um dos condóminos, pois, a norma do n.º 1 do artigo 1421.º, tem carácter imperativo, além de especial.

No entanto, o n.º 2 do mesmo artigo, estabelecendo na alínea a) que os pátios e os jardins anexos ao edifício são presumivelmente comuns, parece suscitar dúvidas quanto ao facto do logradouro fazer ou não parte do solo, pois jardins e pátios são espécies do género logradouro.

Na opinião de Pires de Lima e Antunes Varela, tal como acima foi referido, o logradouro faz parte do solo e como tal é abrangido pela imperatividade de propriedade em comum, posição seguida pelo acórdão da Relação de Lisboa de 23 de Abril de 1996¹⁴⁴.

Nesta senda, também Sandra Passinhas¹⁴⁵, concordando e reforçando esse ponto de vista, acrescenta que o logradouro não pode ser incluído na previsão de pátio ou jardim do n.º 2., uma vez que pode traduzir-se em algo completamente diferente – “...pense-se num mero terreno acimentado, ou num areal, coberto ou não, com gravilha...”.

Esta opinião foi anteriormente seguida por Rodrigues Pardal e Dias da Fonseca¹⁴⁶, e de uma forma exaustiva por Abílio Neto¹⁴⁷, servindo-se de razões para

¹⁴³ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 420.

¹⁴⁴ COLECTÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA, Ano XXI – 1996 TOMO II, pág. 117., onde refere “...em conclusão, face a tudo o exposto, crê-se que... ...o logradouro faz parte do solo, constituindo parte imperativamente comum. Porém, quando o logradouro assume a forma de pátio ou jardim anexo ao edifício ele será apenas parte presuntivamente comum.”

¹⁴⁵ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 31.

¹⁴⁶ PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 211, onde refere que o “...terreno existente à volta de um prédio.....trata-se de uma parte comum do

justificar a sua posição como: *i)* o facto de ser através do logradouro que se faz o acesso à via pública, o que lhe impunha uma natureza coletiva; *ii)* ser através do logradouro que passam as instalações de gás, água e eletricidade, o que obrigaria, no mínimo, à constituição de servidões; *iii)* e ainda o facto de, definindo a lei, no artigo 1305.º, o conteúdo do direito de propriedade pela negativa¹⁴⁸, permitiria, não estando limitado pela lei, a construção de novos edifícios, alterando a realidade física do condomínio¹⁴⁹ e a realidade jurídica da propriedade horizontal, o que só poderia ser evitado, em sua opinião, se o logradouro fosse necessariamente comum.

As questões levantadas por Abílio Neto, na defesa da sua posição, apresentam alguma vulnerabilidade, entre outras, por três razões principais:

i) Nem sempre é exato que o acesso à via pública se faça através do logradouro, como pode acontecer num prédio cuja porta de entrada do edifício dê diretamente para a via pública. Pode haver logradouros que não confrontem com a via pública mas tenham apenas acesso através de uma zona comum do prédio ou de uma fração, como pode verificar-se em quintais nas traseiras de um prédio que estejam limitadas por uma fração e muro circundante. Em relação ao logradouro que assegure o acesso à via pública, e, especificamente, caso esse acesso seja o único do prédio, a necessidade de ser uma zona comum não existe por força do artigo 1421.º, mas, imperativamente, por força do artigo 1415.º, na parte em que obriga a que todas as frações tenham saída própria para uma parte comum¹⁵⁰ do prédio ou para a via pública¹⁵¹.

Regressando à questão sob análise – se o logradouro é ou não, sempre, imperativamente comum, e não se existam logradouros em concreto que, dada a sua natureza física, o tenham que ser – o argumento usado pelo autor neste ponto, muito pertinente por sinal, é ultrapassado com a presunção de compropriedade estabelecida

prédio... ...contudo podem os condóminos deliberar o uso exclusivo desses terrenos para estacionamento ou abrigo de veículos... ...e ninguém se pode apropriar de tal terreno...”.

¹⁴⁷ NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 135 ss.

¹⁴⁸ Artigo 1305.º - “...o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das limitações por ela impostas...”

¹⁴⁹ Entendemos ser “condomínio” o conjunto organizado de todas as frações que integram um prédio constituído em propriedade horizontal.

¹⁵⁰ Aqui, como melhor à frente se verá, temos que considerar que a saída para parte comum só releva se essa parte comum der saída para a via pública.

¹⁵¹ Artigo 1415.º - “Só podem ser objecto de propriedade horizontal as frações autónomas que, além de constituírem unidades independentes, sejam distintas e isoladas entre si, com saída própria para parte comum do prédio ou para a via pública.”

na alínea a) do n.º 2 do artigo 1421.º, presunção essa que, para ser afastada, dependia da prévia verificação de que o logradouro em causa não seria o único acesso à via pública de uma qualquer fração que não aquela em que se inserisse;

ii) Quanto à questão da necessidade de passagem das ligações de fornecimento de água, gás, eletricidade, etc., embora se admita como sendo a regra, a verdade é que estas não passam necessariamente por logradouros comuns, o que, à partida, fragiliza o argumento. Para além disso, e ainda que num caso concreto tivessem que passar por logradouros não comuns, poderia sempre, tal como o autor da crítica prevê, resolver-se o problema com a constituição de servidões; o que, aliás, já acontece quando se trata de propriedades não constituídas em propriedade horizontal.

Não se percebe como aí, em propriedades confinantes, onde a ligação entre os diferentes proprietários é menor, não se levantaria o problema, e ali, na propriedade horizontal, onde a proximidade entre condóminos é muito maior, grande ao ponto de terem partes de um prédio necessariamente comuns, já se poderia, o dito problema, levantar.

iii) O problema equacionado com a possibilidade de, caso o logradouro fosse da titularidade privativa de um condómino, este vir a construir nesse logradouro, é, aparentemente, de maior dificuldade de desmontagem. O artigo 1422.º n.º 2 a) estabelece que “...é especialmente vedado aos condóminos... ...prejudicar... ...com obras novas... ...a segurança a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício...”. O facto de ser esta a única limitação ao direito de propriedade da fração, no que toca à possibilidade de construção sobre hipotético logradouro autónomo de um dos condóminos, e uma vez que o termo edifício do artigo supra citado, se encontra no singular, e atendendo ao conceito de edifício¹⁵², levaria a, numa primeira análise, concluir que, não havendo ligação material entre a nova construção, como acontece numa garagem ou arrecadação ao fundo do quintal, e o edifício principal do prédio, não estaríamos no âmbito do mesmo edifício e, como tal, não estaria sujeito à limitação referida. No entanto, não acompanhamos esta solução, uma vez que, com a introdução do artigo 1438.º-A, aditado ao Código Civil pelo Decreto-Lei n.º 267/94

¹⁵² Edifício – “...construção em alvenaria, betão ou outra matéria, de carácter permanente, em geral limitado por paredes e teto, que serve de habitação ou constitui um espaço comercial, industrial, administrativo, religioso, cultural...”, DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA CONTEMPORÂNEA I VOLUME – Academia das Ciências de Lisboa – VERBO, pág. 1329.

de 25 de Outubro¹⁵³, a propriedade horizontal deixou de ter como objeto exclusivo um edifício e passou a poder ter também como objeto um conjunto de edifícios. Assim, todo o regime previsto no capítulo da propriedade horizontal, com a introdução deste novo artigo, se dúvidas houvesse, passou a ter que se adaptar à existência de propriedade horizontal de um só edifício ou de um conjunto de edifícios, passando, conseqüentemente, a interpretar-se extensivamente todas as normas deste capítulo que se refiram a edifício no singular a singular ou plural.

Em coerência com a redação em vigor do citado artigo, a norma do artigo 1422.º n.º 2 a), deve corretamente interpretar-se como sendo, especialmente vedado aos condóminos prejudicar, com obras novas, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício, ou conjunto de edifícios que compõem o prédio, constituído em propriedade horizontal. Ora, se originalmente um prédio constituído em propriedade horizontal comporta apenas um edifício, visto do ponto de vista de conjunto de edifícios, podemos concluir que estamos perante um conjunto de apenas um edifício. Se se pretender, num logradouro desse prédio – admitindo como possível que seja pertencente a uma fração autónoma – construir um edifício, por exemplo uma garagem ou arrecadação, estar-se-ia a construir um novo edifício, não materialmente ligado ao primeiro, que, em relação ao conjunto de edifícios provocava uma alteração de um para dois e, como tal, de acordo com o artigo supra referido, estaria vedada, tal construção, por força da alínea a) do n.º 2.

Em sentido contrário, considerando o logradouro excluído da comunhão imperativa, Carvalho Fernandes, pronunciando-se acerca do solo, considera que *“...este só é necessariamente parte comum no que respeita à zona de implantação do edifício¹⁵⁴. Resulta, na verdade, do n.º 2 do citado preceito, que os pátios e jardins a ele anexos, em geral o seu logradouro, só são comuns se outra qualificação não resultar do título constitutivo...”*.

¹⁵³ Artigo 1438.º-A – *“O regime previsto neste capítulo pode ser aplicado, com as necessárias adaptações, a conjuntos de edifícios contíguos funcionalmente ligados entre si pela existência de partes comuns afetadas ao uso de todas ou algumas unidades ou frações que os compõe.”*

¹⁵⁴ FERNANDES, CARVALHO, *ob. cit.*, 2003, pág. 354

Rosendo Dias José¹⁵⁵, defendendo que o logradouro faz parte do solo, entende, no entanto, que o mesmo está inserido na previsão do n.º 2, uma vez que quintais e pátio são espécie do género logradouro. Não deixando de me aproximar da opinião deste último autor, que admitia uma situação de exceção para jardins e pátios, não podemos no entanto, do ponto de vista jurídico, deixar de considerar a sua posição, pouco consistente, devido à limitada sustentação.

Assim, sendo jardins e pátios espécie do género logradouro, se este for considerado solo consequentemente é, ao mesmo tempo, classificado como presumível e imperativamente comum. Ora, afastada a presunção de comunhão, porque ilidível, seria inevitável a qualificação do logradouro como fração privativa ou parte dela, fugindo assim à sua natureza de imperativamente comum. Em conclusão, poderíamos ter partes do prédio imperativamente comuns... ..ou não.

Se nos centrarmos na letra da lei, e na alteração produzida em relação ao direito anterior, podemos atentar que o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 40333, que disciplinava o instituto em apreço antes da entrada em vigor do atual código, estabelecia que “...são comuns as seguintes partes integrantes ou pertenças do prédio... ..o terreno, bem como os alicerces, colunas, pilares, paredes mestras e todas as restantes partes estruturais do prédio...”, estando no atual artigo 1421.º n.º1 a expressão como “...comum as seguintes partes do edifício... ..o solo, bem como os alicerces, colunas, pilares...”. Da enunciada alteração facilmente se conclui que, com a passagem de um diploma para outro, o termo “*prédio*” foi substituído por “*edifício*”, e “*terreno*” por “*solo*”.

Ora, não podemos ser indiferentes ao facto do significado jurídico de prédio englobar a totalidade da célula física sobre a qual incide o direito de propriedade plena de um imóvel, incluindo edifício, totalidade do solo, do subsolo e do espaço aéreo, e edifício, tal como acima vem referenciado, englobar apenas a construção. Parece-nos claro que a alteração de terminologia jurídica não é apenas semântica pois, como vimos, o significado dos dois termos é diferente.

¹⁵⁵ JOSÉ, ROSENDO DIAS, “*A propriedade horizontal*”, 1982, pág. 61, onde refere que “...quanto aos logradouros, mesmo tratando-se de terrenos sem outra qualquer especificidade e que são também uma porção de solo, não há obrigatoriamente comunhão...”

Se até à entrada em vigor do nosso código civil claro estava que todo o terreno do prédio era parte imperativamente comum, certo é também, no nosso entendimento, que com a nova redação apenas é imperativamente comum o solo (*camada superficial da Terra*¹⁵⁶) onde se insere o edifício, sendo assim uma fração da totalidade do terreno em que este se implanta, com única exceção no caso de o edifício construído ocupar a totalidade do terreno do prédio, inexistindo aqui qualquer área de logradouro.

O remanescente do terreno do prédio, tanto pode ser parte comum, sendo mesmo presuntivamente comum, como pode ainda, se a presunção for ilidida, ser parte de uma fração, contígua ou não, como melhor à frente se verá, ou uma própria fração em si¹⁵⁷.

Não entendemos também que a previsão do n.º 3 do artigo 1421.º seja argumento contra a possibilidade de o logradouro ser parte não necessariamente comum num prédio constituído em propriedade horizontal¹⁵⁸. Isto porque, uma vez que a possibilidade aí aberta de o título constitutivo afetar ao uso exclusivo de algum dos condóminos certas zonas comuns, como à frente melhor virá explanado, se aplica apenas a zonas que tenham desde logo a natureza de comum, e portanto, quando aplicada a logradouros, não em relação a todos, mas apenas aqueles que são efetivamente comuns, ao contrário do que acontece em previsão com algumas semelhanças, da alínea b) do n.º 1 do mesmo artigo, que estabelece que “...o telhado ou os terraços de cobertura... (são comuns) ...ainda que destinados ao uso de qualquer fração...”, o que claramente, interpretando *a contrario*, torna claro que, de todas as coisas comuns destinadas ao serviço de uma qualquer fração, apenas as coberturas são imperativamente comuns.

Esta nossa opinião de que o logradouro não está inserido na definição de solo prevista no n.º 1 do artigo 1421.º não é virgem, sendo a mesma igualmente defendida por Rui Vieira Miller¹⁵⁹, e seguida pelo Tribunal da Relação do Porto¹⁶⁰, em acórdão

¹⁵⁶ Solo – “...2. *Camada superficial da Terra onde se desenvolvem as plantas...*”, DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA CONTEMPORÂNEA II VOLUME – Academia das Ciências de Lisboa – VERBO, pág. 3448.

¹⁵⁷ Cf. Capítulo III, 1.3., a propósito de necessidade de contiguidade das partes das frações autónomas.

¹⁵⁸ O artigo 1421.º, n.º 3 estabelece que “...o título constitutivo pode afetar ao uso exclusivo de um dos condóminos certas zonas das partes comuns...”

¹⁵⁹ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 157, onde, referindo-se às partes do prédio que possam ser alienadas em separado ou divididas entre os condóminos, afirma que “...será, por exemplo, o caso de um logradouro comum ao rés-do-chão do edifício de que todos resolveram prescindir para o alienarem, como nova fração autónoma, a um terceiro para fim concretamente determinado.”

de 23 de Maio de 1989, onde consta que “...através da alínea verifica-se que o legislador pretendeu abarcar a palavra «solo» aquela parte do terreno onde o edifício se encontra implantado. Essa parte do terreno é que faz parte da estrutura do prédio... ...e tanto não fazem parte da estrutura do prédio os terrenos que sirvam de logradouro ao edifício implantado no solo, que o legislador apontou serem partes comuns, por presunção, os pátios e jardins anexos aos edifícios...”.

1.2.1.1.2. Os elementos de estrutura construtiva – Alicerces, colunas, pilares, paredes mestras e todas as partes restantes que constituem a estrutura do prédio.

Os elementos aqui tratados correspondem à ossatura do edifício, e são aqueles de cuja existência depende a própria existência física do objeto da propriedade horizontal.

Alicerces, na definição de Sandra Passinhas¹⁶¹, “...são os elementos do subsolo que sustentam o edifício, consistem na parte inferior de uma construção. Traduzem-se na estrutura em profundidade do prédio...” e, assim, outra solução não poderia existir senão a necessária comunhão, pois todas as frações e todas as restantes partes comuns, exceção feita ao solo e logradouro, estão imperativamente assentes sobre eles. Também não se coloca o problema de saber se, não obstante serem partes comuns, permitem uma utilização individual uma vez que, considerada a sua natureza, não há qualquer utilidade que possa deles ser individualmente retirada, pois a sua localização insere-se no interior do solo, não permitindo qualquer acesso exterior.

Caso, através da construção de uma cave se chegue ao que outrora havia sido um alicerce, permitindo agora uma utilização individual, por exemplo para a fixação de coisas acessórias ou partes integrantes nessa cave, aqui a natureza do alicerce alterar-se-ia para a de outro elemento estrutural, como parede mestra, pilar ou coluna.

No que diz respeito a *colunas, pilares e paredes mestras*, em relação ao dois primeiros, podemos defini-los como esteios de sustentação do edifício, divergindo na definição apenas no que toca à sua forma, denominando-se colunas se revestirem a

¹⁶⁰ COLECTÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA, Ano XIV – 1989 TOMO 3, pág. 204.

¹⁶¹ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 33.

forma cilíndrica e pilares se a forma que revistam seja facetada¹⁶². A estes esteios de sustentação, pela mesma razão dos alicerces, tem, a lei, que lhes conferir a natureza de necessariamente comuns. No entanto, e uma vez que podem atravessar as frações autónomas, e assim serem suscetíveis de utilização individual, não se compreenderia que o titular de uma fração, que visse uma das suas divisões atravessada por um pilar ou uma coluna, não a pudesse usar, pintar da cor que pretendesse e nela pudesse aplicar as coisas acessórias que fosse da sua vontade.

Tendo isto em consideração, em relação aos esteios que se encontrem dentro de cada uma das frações, a área que ocupem deverá ser considerada comum.

No entanto, o proprietário da fração terá o direito de, a expensas suas, revesti-la como entender, desde que não ponha em causa a solidez da sua função, bem como só será ele responsável pela manutenção desse mesmo revestimento. Quanto à possibilidade de aplicar pregos ou parafusos, normalmente assentes apenas na cobertura de estuque que parte integrante da fração, pode porventura ultrapassar esses limites entrando mesmo pelo esteio comum, uma vez que, por força do artigo 1406.º n.º 1.¹⁶³, se torna evidente que essa utilização exclusiva de cada um dos titulares não põe em causa a capacidade de os outros se servirem da coisa, pois essa determinada utilização só é possível ao titular da fração. Nem a colocação do prego ou do parafuso põe em causa a função estrutural do esteio, e fora desse âmbito, não tem significativa relevância.

Em relação às paredes mestras, a primeira questão que se levanta é saber-se em que consistem. Segundo a definição de Pires de Lima e Antunes Varela¹⁶⁴, tradicionalmente, “...são aquelas que constituem o esqueleto do prédio... (e) ...àquilo a que tradicionalmente se chamava paredes mestras correspondem hoje... (também) ...as paredes que tapam verticalmente os espaços entre as vigas e as colunas ou pilares...”¹⁶⁵.

¹⁶² Cf. ALMEIDA, L. P. MOITINHO, *ob. cit.*, 1997, pág. 38 e PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 33.

¹⁶³ Artigoº 1406.º n.º 1., “Na falta de acordo sobre o uso da coisa comum, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se dela, contando que não a empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destina e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito...”

¹⁶⁴ Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, pág. 421.

¹⁶⁵ Citando Visco, os supra referidos autores acrescentam na mesma página, que “...as paredes mestras... ...neste último sentido, distinguem-se não só das paredes meramente divisórias, que separam os diversos compartimentos de cada fração e que pertencem exclusivamente ao dono desta, como das paredes que, não servindo de suporte à construção, apenas delimitam as várias frações e devem considerar-se sujeitas às regras dos artigos 1370.º e segs. ...”.

Neste ponto colocamos algumas reticências à posição destes autores pois, para nós, a existência de paredes mestras num prédio não é uma inevitabilidade.

A ossatura de um edifício pode assentar em paredes mestras ou apenas, para além dos alicerces, em pilares e colunas. Nestas circunstâncias, nada há que justifique a imposição do estatuto jurídico de coisa necessariamente comum a uma parede que se encontra a unir dois pilares, no interior de uma das frações, e que em nada contribui para a solidez estrutural do edifício.

Assim, caso a segurança do edifício não assente em paredes, não se pode considerar qualquer parede como mestra, mas podemos considera-las integrantes de frações ou partes comuns como acontece com todas as outras paredes¹⁶⁶, e só poderemos considerar paredes mestras, à semelhança do que fez o Supremo Tribunal de Justiça em acórdão de 30/11/94¹⁶⁷, as que “...constituírem o esqueleto do prédio... ..que pertençam à ossatura do prédio...”.

Assim, paredes mestras, não sendo esteios, podemos defini-las como aquelas paredes que têm a função de sustentar o edifício, quer sejam interiores, quer sejam exteriores.

No mesmo sentido, Moitinho de Almeida acrescenta que “...paredes-mestras são as que constituem o esqueleto do edifício, desde as fundações até à cobertura, sem as quais a construção, no seu conjunto, seria impossível. Não podem por isso confundir-se com as paredes meramente divisórias que, separando os diversos compartimentos de cada fração autónoma, pertencem aos respetivos donos, nem com as paredes perimetrais ou exteriores...”¹⁶⁸.

No que diz respeito às intervenções sobre paredes mestras, aquelas sobre as quais assenta a estrutura do edifício, sendo imperativamente comuns, e à semelhança do que já foi dito a respeito dos esteios, remetendo-se para aí aspetos mais detalhados, não podemos deixar de lembrar que são suscetíveis de utilização individual pelo titular de uma fração, quando a natureza da sua localização o justifique.

¹⁶⁶ No mesmo sentido, MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, «A Propriedade Horizontal no Código Civil», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIII, Janeiro/Dezembro 1976, pág. 109, ode refere que “...nos edifícios construídos em cimento armado não há rigorosamente paredes mestras, mas antes uma estrutura de vigas e colunas ou pilares de ferro e cimento, que constituem a armação e a segurança do prédio...”.

¹⁶⁷ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 30 de Novembro de 1994, n.º convencional JSTJ00026085

¹⁶⁸ ALMEIDA, L. P. MOITINHO, *ob. cit.*, 1997, pág. 39.

É pertinente também questionar se as paredes exteriores de um edifício estão ou não abrangidas pelo conceito de parede mestra. Para o senso comum, parece que algo como o pagamento da pintura do exterior de um edifício constituído como propriedade horizontal é uma despesa desde logo comum, e, como tal, despesa a ficar a cargo de todos os condóminos, nos termos do artigo 1426.º.

No entanto, nada resulta da lei que expresse que, no caso da parede exterior ser apenas uma parede de revestimento e não integrar a estrutura ou ossatura do edifício tenha o estatuto de parte comum e é, em nosso entendimento, nesse caso, parte componente da fração que reveste. Este posicionamento está sintonizado com o decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 07 de Março de 1983¹⁶⁹, cujo sumário refere que “...I - A abertura de duas portas e três montras na parede exterior do condomínio não pode considerar-se “inovações” para os efeitos do n. 1 do artigo 1425 do Código Civil. II - Não contendendo essas obras com a segurança ou estabilidade do edifício, com a sua linha arquitetónica ou arranjo estético, podem ser levadas a cabo pelo respetivo condómino sem autorização dos demais, com as limitações expressas no n. 1 do artigo 1422 do Código Civil...”¹⁷⁰

Por último, o regime das restantes partes que constituem a estrutura do prédio, parece ser uma previsão legal com carácter de “válvula de escape”, de aplicabilidade reduzida, e que pretende evitar que o carácter excecional da norma do artigo 1421.º venha a produzir situações indesejadas.

Prevendo este artigo a qualificação de algumas partes do prédio como imperativa ou presuntivamente comuns, está a criar para estas um regime de excecionalidade que, no mínimo, estabelece como regra para todas as outras partes a ausência dessa comunhão¹⁷¹. O legislador, claro está, que pretendeu no artigo 1421.º, n.º1, a), classificar como necessariamente comuns todas as partes do prédio que, integrando a sua ossatura, fossem a base da sua segurança estrutural. Estabelecendo a previsão legal de uma forma taxativa, ao falar de alicerces, colunas, pilares e paredes mestras, e tratando-se de uma norma excecional, todas as outras partes que viessem a surgir, por evolução técnica ou alteração de conceitos, como elementos estruturais, e aí não estivessem previstos, não seriam partes necessariamente comuns.

¹⁶⁹ Publicado no B. M. J., n.º 325, pág. 575.

¹⁷⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07 de Março de 1983, n.º convencional JSTJ00002564.

¹⁷¹ Interpretando *a contrario*.

Com esta previsão, e uma vez que a excecionalidade da norma impede a aplicação analógica, partes não previstas como uma estrutura de cabos de aço, que sejam a estrutura de um edifício, vigas de sustentação, ou placas de betão que sustentem as forças estruturais da construção passam a estar contempladas nesta norma através de uma expressão genérica. No seguimento dessa lógica, decidiu o Tribunal da Relação de Évora, em 6 de Julho de 1989, *Bol. 389, 674*¹⁷², onde consta que “...face ao disposto no artigo 1421.º, n.º 1, do CC, são partes comuns do condomínio as placas de cimento que separam, no sentido horizontal, umas frações autónomas das demais...”.

Ao legislador teria bastado até, nesta alínea a), ao lado do solo, considerar parte comum apenas as partes que constituem a estrutura do prédio genericamente, não entrando nas espécies – alicerces, pilares e colunas –, mas esta solução iria criar, seguramente, querelas interpretativas quanto à qualificação de colunas, pilares e alicerces, caso a caso, como partes necessariamente comuns ou não. Com esta solução, que nos parece muito feliz, o legislador enumera o conjunto de situações concretas, sobre as quais não deixa espaço para dúvidas e, ao mesmo tempo, estabelece um termo genérico que substitui a analogia vedada e abarca todas as partes, cuja natureza estrutural reveste a mesma necessidade de comunhão das referidas.

Então, quando analisamos a possibilidade de utilização individual de estes elementos estruturais, e na ausência de mais especificações na lei, temos que nos centrar no espírito que levou o legislador a considerar estas partes necessariamente comuns, e considerar que a possibilidade de utilização individual está apenas limitada pelos limites da estruturabilidade dos esteios e das paredes mestras. Obviamente que pregar um prego numa parede mestra para suportar um quadro, à partida, não vai pôr em causa a rigidez estrutural de um prédio, o que já não acontece se se pretender abrir uma porta ou uma janela.

O legislador não conseguiu, nem conseguiria, estabelecer um limite para a possibilidade de utilização individual destas partes comuns, tendo assim que recorrer o intérprete, no caso da decisão, o Juiz, a pareceres técnicos na área da engenharia que respondessem à questão da utilização individual das colunas, pilares ou paredes mestras pusessem ou não em causa a rigidez estrutural do edifício.

¹⁷² Citado por SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *A Propriedade Horizontal* (2.ª edição), Almedina, Coimbra, 2002, pág. 71.

1.2.1.1.3. Os elementos de cobertura – O telhado e os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso de qualquer fração.

Os elementos aqui apresentados, aparentemente incontroversos, são, contudo, objeto de sucessivas querelas doutrinárias e, acima de tudo, jurisprudenciais, que o Decreto-Lei 267/94, em nosso entender, visou clarificar, mas que, pelo que se extrai de alguns doutos acórdãos dos nossos Tribunais Superiores, parece ter multiplicado.

A redação anterior do artigo 1421.º n.º1, b) estabelecia que eram “...comuns... ..o telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso do último pavimento...”, tendo sido esta norma alterada pelo referido Decreto-Lei, passando a ter como redação “...são comuns... ..o telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso de qualquer fração...”.

A distinção que o Legislador fez entre telhado e terraço de cobertura, considerando, em ambos os casos, como a parte superior do edifício, ou de uma parte dele, e que correspondem ao extremo superior do prédio, sendo a única parte que se interpõe entre este e o céu, motiva-nos a tratar indistintamente os dois conceitos. E isto porque a única diferença que existe entre ambos – telhado e terraço de cobertura - é no plano da sua utilização, isto é: enquanto os terraços servem para ocupação humana, os telhados, para além de permitirem a colocação de antenas e partes integrantes, servem exclusivamente para protegerem o edifício das intempéries meteorológicas.

Questão relevante, no nosso entendimento, é a do enquadramento jurídico, no que à sua titularidade diz respeito, dos chamados terraços intermédios, que correspondem àqueles que, não se encontrando ao nível do último piso do prédio, por decisão arquitetónica, surgem ao nível de um andar inferior, dando cobertura a uma ou mais frações, mas nunca a todas as do prédio. Pois, caso se entenda que os terraços intermédios estão abrangidos pela norma do artigo 1421.º, n.º1 b), então as despesas com a sua manutenção são comuns, de todos os condóminos, e a realização de qualquer inovação está sujeita ao regime do artigo 1425.º, tendo, obrigatoriamente, que ser aprovadas pela assembleia de condóminos. Caso, por outro lado, se entenda que os terraços intermédios não estão sujeitos à imperatividade de comunhão, e podem ser parte integrante de uma qualquer fração, a respectiva manutenção é da responsabilidade do seu titular e o regime de inovações apenas limitado pelo preceituado no artigo 1422.º.

A este propósito, o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 8 de Abril de 1997¹⁷³, pronunciou-se considerando que o “...artigo 1421, n. 1 alínea b) do Código Civil (redação anterior à introduzida pelo Decreto-Lei n. 267/94 de 25 de Outubro) considera imperativamente comuns “o telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso do último pavimento”...” entende só fazer sentido esta “.. destinação do uso do terraço ao último pavimento... ...se se entender que esse terraço é o que serve - tal como o telhado - de cobertura ao prédio em si, visto na sua globalidade..”. Acrescenta também o mesmo acórdão que “...se a lei visasse também os terraços intermédios teria certamente ressalvado, do mesmo modo, a afetação do uso desses terraços aos pavimentos contíguos...”. Por último, refere ainda que “...é o próprio normativo em análise que equipara terraço a telhado e que nos leva a pensar que terraço de cobertura é, no entender da lei, aquele que tem uma função - relativamente ao prédio em si - idêntica à do telhado. E, por isso, aí se fala de terraço de cobertura...”

Para sustentar a sua posição, o acórdão acrescenta ainda, ser do seu parecer, que Pires de Lima e Antunes Varela, em anotação ao artigo 1421.º, ao referirem que “...são ainda consideradas comuns por constituírem igualmente parte integrante da estrutura do prédio, o telhado e os terraços de cobertura... ...na hipótese de o prédio ser coberto em parte por telhado e na outra parte por terraço, quer o telhado, quer o terraço, são comuns a todos os condóminos, e não apenas àqueles cujas frações se situem na respetiva vertical...”¹⁷⁴, subscrevendo o entendimento de Oliveira Ascensão¹⁷⁵, quando este afirma “...serem necessariamente comuns, nos termos do artigo 1421, “o solo e tudo o que constitui a estrutura do prédio, a cobertura, as entradas e passagens que não sejam de uso exclusivo de um condómino e as instalações gerais de água, eletricidade aquecimento e semelhantes...”.

Neste ponto, discordamos em absoluto do acórdão, e não vislumbramos como podem as expressões dos autores supra citadas servirem para apoiar essa mesma opinião. Nem na atual, nem na anterior redação a citada norma nos dá qualquer indicação que nos leve a aceitar que só se aplique a um terraço no último andar, pois ao estabelecer que são comuns os telhados e os terraços de cobertura, estabelece como

¹⁷³ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 08 de Abril de 1997, n.º convencional JSTJ00031772

¹⁷⁴ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 422.

¹⁷⁵ ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, 2000, pág. 462.

único fator de distinção entre os diferentes tipos de terraço, que os leve a ter o estatuto de coisa necessariamente comum ou não, o facto de serem, ou não, de cobertura.

Um terraço de cobertura será um terraço com funções de telhado, e daí aparecer com idêntico tratamento jurídico ao deste, distinguindo-se de um terraço de não cobertura, por este último ainda ter qualquer construção que se interpõe entre si próprio e o céu. Ora, se um prédio for construído com uma arquitetura em escadaria, com o segundo andar a ocupar menos área que o primeiro, o terceiro menos que o segundo e sucessivamente, em todos os andares, e não apenas no último, teremos telhado ou terraços que, destinados ao uso exclusivo ou não de alguma fração, são tudo o que se interpõe entre o resto do edifício e o céu, e, como tal, são, necessariamente, de cobertura.

Posto isto, consideramos que a fundamentação do acima citado acórdão não é de secundar, porquanto ao afastar do conceito de terraços de cobertura os terraços intermédios que, como acabamos de referir, podem também eles ser de cobertura, faz uma interpretação abusiva do que o legislador pretendeu ao alterar a norma, nos termos acima explanados.

Assim como se afigura como não consentida a extrapolação descontextualizada das opiniões de Pires de Lima e Antunes Varela, por um lado, e de Oliveira Ascensão por outro, tendo em conta, nomeadamente, as passagens supra citadas, para sustentar a fundamentação do acórdão no sentido que decide, pois, as mesmas não se modificam caso o terraço que esteja em causa seja um terraço intermédio, desde que, como vimos, nada se interponha entre ele e o céu.

Acresce que se pensarmos no elemento teleológico desta norma e, acima de tudo, nas consequências práticas que tem, compreende-se que os terraços de cobertura devem ser comuns (estando as despesas das suas benfeitorias necessárias a cargo de todos os condóminos e dependendo as inovações de aprovação da assembleia), uma vez que estão a cobrir as frações de todos.

Poder-se-ia equacionar, então, o problema de saber se, caso um terraço, tal como acontece com um telhado, cobrisse apenas a fração de um condómino – por exemplo se o prédio todo fosse recuado em relação ao r/c e, conseqüentemente, a

cobertura dessa fração não cobrisse nenhuma outra – se deveria ou não considerar que esse terraço não era de cobertura¹⁷⁶.

Acontece que esta questão nunca se colocará, pois é impossível um terraço (ou um telhado) apenas cobrir a fração de um condómino e apenas isso.

A fração de cada condómino, ainda que não tenha, nem sob nem sobre ela, qualquer outra fração, para integrar uma propriedade horizontal, tem, inevitavelmente, que integrar o edifício sobre o qual recai esse direito real. Esse edifício, inevitavelmente, também tem que estar assente no solo de um prédio, sobre os seus alicerces, e, quer o solo quer os alicerces do edifício¹⁷⁷, são necessariamente partes comuns. Assim, qualquer terraço, ainda que intermédio, nunca poderá apenas dar cobertura à fração de um condómino, pois incontornavelmente abrange partes comuns, o que, dentro do espírito da norma em questão, obriga a que seja também ele sempre imperativamente comum.

Também foi argumentado em Instâncias Judiciais, e chamados Tribunais superiores a, quanto a isso, se pronunciarem – como aconteceu no Tribunal da Relação do Porto por acórdão de 25 de Novembro de 2003¹⁷⁸ –, que a supra referida alteração, processada pelo Decreto-Lei 267/94, pretendia alterar um regime que, até à sua entrada em vigor, considerava como terraços os existentes ao nível do último pavimento, e que o novo regime os considerava ao nível de qualquer fração, independentemente do piso.

Aceitar-se esta interpretação, que não foi seguida pelo acórdão, obrigaria a que, em sede de aplicação da lei no tempo¹⁷⁹, o facto de a propriedade horizontal ter sido constituída antes ou depois da entrada em vigor deste diploma, se estabelecesse que, atualmente, cada prédio constituído em propriedade horizontal, tinha nos seus terraços intermédios, partes necessariamente comuns ou partes suscetíveis de integrarem uma das frações.

No que a este concreto ponto concerne, entendemos que a alteração introduzida pelo Decreto-Lei 267/94 não teve nada de inovador, não pretendeu alterar o instituto, mas teve, isso sim, uma intenção clarificadora ou interpretativa,

¹⁷⁶ Se se optasse por esta opinião teríamos que alterar a definição apresentada de terraço de cobertura como aquele que se interpõe entre o edifício e o céu para aquele que, cobrindo mais do que uma fração, se interpõe entre o edifício e o céu.

¹⁷⁷ Cf. artigoº 1421.º 1. a)

¹⁷⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 25 de Novembro de 2003, n.º convencional JTRP00036430.

¹⁷⁹ Cf. artigoº 12.º n.º 2.

considerando-se aqui interpretativa, como fixadora do sentido e do alcance da norma anterior. Com efeito, a lei, antes da entrada em vigor desta alteração, estabelecia que eram comuns o telhado ou os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso do último pavimento, sendo que não estabelecia, de forma alguma, que só fossem terraços de cobertura os desse último pavimento, mas sim, que todos os terraços de cobertura eram comuns, e que, no caso do último pavimento, eram suscetíveis de serem destinados ao uso exclusivo dessa fração. Interpretando *a contrario*, a única conclusão que se poderia alcançar, numa dimensão puramente literal, é que os terraços de cobertura que não integrassem o último pavimento seriam insuscetíveis de uso exclusivo por uma fração.

Ainda que, na altura da entrada em vigor do Código, apenas existissem terraços ao nível do último piso dos prédios, *ratio* da concisão da norma, esta sempre deveria ser interpretada extensivamente, englobando também terraços de cobertura adstritos ao uso de frações que não se encontrassem ao nível do último piso.

A alteração introduzida nesta norma – 1421.º – pelo Decreto-Lei 267/94 veio apenas alargar a possibilidade de utilização exclusiva dos terraços de cobertura pelo titular de uma fração, não só ao nível do último andar, mas também de frações de qualquer andar do prédio, desde que, fisicamente, a ela estivesse ligado um terraço de cobertura. O que produziu esta alteração à norma, não foi mais do que acertar a letra da lei ao espírito que já continha, não criando assim qualquer conceito inovador.

Em conclusão, e ao contrário da posição do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1997, os terraços intermédios também podem ser terraços de cobertura para efeito do n.º1 do artigo 1421.º, e, assim, partes necessariamente comuns do prédio; entendimento este, que foi entretanto sufragado pelo mesmo Tribunal, em acórdão de 16 de Outubro de 2003, no qual se pode ler que os “...terraços de cobertura tanto podem ser do último pavimento como de pavimentos intermédios pois onde a lei não distingue, também o intérprete não deve distinguir, salvo se houver razões para se concluir ser outro o espírito da lei, a vontade do legislador, o que se não verifica neste caso...”¹⁸⁰.

Com efeito, existe uma situação em que os terraços de cobertura, e mesmo os telhados, podem ser propriedade exclusiva do titular de uma fração. Isto acontece no caso de, num logradouro adjacente ao prédio principal, e propriedade exclusiva de um

¹⁸⁰Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 16 de Outubro de 2003, n.º do documento SJ200310160025672

condómino, existir uma construção, por exemplo uma garagem ou arrecadação, que, desde a constituição da propriedade horizontal, integre a fração autónoma, ou que tenha sido posteriormente construída num logradouro privativo de uma fração, com a aprovação necessária da assembleia de condóminos. Nesta situação, uma vez que o solo em que assenta o edifício, todo ele parte de uma fração, é solo privativo e não comum, não existe nenhuma parte comum que este terraço ou telhado cubra, tornando este terraço de cobertura uma parte integrante da fração a que disser respeito, e não uma parte necessariamente comum. Assim, são necessariamente comuns os telhados e terraços de cobertura, ainda que intermédios, de edifícios comuns.

1.2.1.2. Quanto aos elementos de utilização necessária comum

Nesta divisão incluímos todos aqueles elementos físicos do prédio direcionados para o serviço e a satisfação de necessidades individuais dos titulares das frações, de uma forma não necessariamente simultânea e permanente, ao contrário do que acontece, por exemplo, com telhado que está permanentemente a servir de cobertura a todas as frações. Estes elementos disponibilizam uma utilização individual que, não pondo em causa a possibilidade de igual utilização pelos outros, pelo menos de algum ou de alguns dos outros condóminos, são absolutamente vitais para permitir a utilização das frações, e o alcance do fim a que se destinam.

Este conjunto de elementos pode dividir-se em elementos de acesso de pessoas às frações, que possibilitando a circulação a todos os condóminos permitem o acesso individual de cada um deles à sua fração, e em elementos de acesso de serviços às frações, o que permite a deslocação a todas as frações, com o acesso ao prédio assegurado de forma conjunta, e posteriormente, internamente, ramificado, dos serviços essenciais de que depende a vida numa habitação. Estas duas vias, dadas as suas especificidades, merecem um tratamento individualizado.

1.2.1.2.1. Os elementos de acesso de pessoas às frações

No que se prende com o acesso das pessoas às frações estabelece o artigo 1421.º 1. c) que “...são comuns... ..as entradas, vestíbulos, escadas e corredores de

uso ou passagem comum a dois ou mais condóminos...”, apontando como critério de imperatividade na comunhão o facto de dar acesso a mais do que uma fração.

A primeira questão que se torna pertinente saber é se a enumeração definida nesta norma tem carácter taxativo ou exemplificativo. Se tivermos em conta o significado de entradas¹⁸¹, vestíbulos¹⁸², escadas¹⁸³ e corredores¹⁸⁴, – no qual nos afastamos de Sandra Passinhas apenas a respeito do último termo, pois, se nele inseríssemos todos os locais que dão acesso a partes do prédio, nele também estaríamos a considerar os outros três termos, devendo assim só considerar corredor todo o local que dá acesso a uma qualquer parte do edifício, pelo seu interior, e que não se compreenda em qualquer outro conceito determinado, – verificamos que todas estas partes, necessariamente comuns, têm em comum o facto de estabelecerem a ligação, direta ou indiretamente, entre pelo menos mais do que uma fração e o exterior do prédio sobre o qual incide a propriedade horizontal.

Assim, não há qualquer razão para que uma outra forma de ligação entre uma fração e o exterior do prédio – como é exemplo uma pequena ponte sobre um lago artificial –, não contemplada nesta norma, não tenha o mesmo tratamento, e não é aceitável que tenha sido essa a vontade do legislador. Sendo esta uma norma excecional, não comporta aplicação analógica e, como tal, ou é interpretada extensivamente, contemplando todas as partes do prédio que liguem, direta ou indiretamente, qualquer fração ao seu exterior, ou o legislador apenas pretendeu enumerar exemplificativamente algumas das partes que, devido a essa ligação entre frações e o exterior, são necessariamente comuns, para assim dar o mote à integração nesta estatuição de todas as outras partes do edifício que desempenhem a mesma função, posição esta que também defendemos.

Caso determinada zona de passagem dê acesso a apenas uma fração, tal não significa que automaticamente passe a ser considerada parte própria, como é

¹⁸¹ Entradas: “...acessos...”, cf. DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA, 5ª EDIÇÃO, PORTO EDITORA, pág. 544; “...são todos os locais de acesso ao edifício...”, cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 38.

¹⁸² Vestíbulo: “...é o pátio de entrada; espaço que se situa entre de entrada e a escadaria principal do interior de um edifício...”, cf. DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA, 5ª EDIÇÃO, PORTO EDITORA, pág. 1482.

¹⁸³ Escadas: “...série de degraus, dispostos em plano inclinado, para subir ou descer...”, cf. DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA, 5ª EDIÇÃO, PORTO EDITORA, pág. 563; “...são as obras que servem para aceder aos vários andares do edifício...”, cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 38.

¹⁸⁴ Corredores: “...passagens estreitas no interior de uma casa...”, cf. DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA, 5ª EDIÇÃO, PORTO EDITORA, pág. 380.

entendimento de Sandra Passinhas¹⁸⁵, mas, tão-somente, que deixa de ser imperativamente comum, e possa, caso o título assim o estabeleça, ser comum ou privativa, podendo, no entanto, e tal como melhor adiante se tratará, ser presumivelmente própria.

Para se determinar se uma zona de passagem dá acesso a apenas uma ou mais do que uma fração, temos de ter em consideração a utilização possível e não apenas a utilização concreta. Neste sentido, Aragão Seia¹⁸⁶ apresenta um feliz exemplo, identificando uma situação em que o lanço de escadas que dá acesso a apenas uma fração possa ter um alçapão de acesso ao telhado, retirando-lhe, neste caso, a exclusividade na utilização, o que determina a imperatividade na comunhão.

Por último, carece de apreciação a utilização que o titular de cada fração possa fazer dessas zonas do prédio imperativamente comuns. É mais do que habitual, e enraizadamente aceite, que os utilizadores das frações autónomas podem colocar um tapete, em zona comum, em frente à entrada da sua fração. Há também quem entenda que esta possibilidade se estende a elementos decorativos identificados com preferências pessoais, como por exemplo vasos de flores¹⁸⁷. A fundamentação para esta possibilidade encontra-se no facto de as partes comuns estarem sujeitas ao regime do artigo 1406.º n.º 1 que estabelece que “...*na falta de acordo sobre o uso da coisa comum, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se dela, contanto que não a empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destina e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito...*”.

Considerando a norma citada, verificamos que a mesma é de aplicação supletiva, uma vez que só estabelece a regulação para o caso de não existência de acordo sobre o uso da coisa comum. No caso de um condomínio, e uma vez que a compropriedade das partes comuns é forçada, o acordo quanto à sua utilização deve constar, ou do título constitutivo da propriedade horizontal ou, pelo menos, do regulamento do condomínio. Quando determinada parte comum sirva e afete apenas um número limitado de fração, como é o caso de um patamar de elevador que apenas dá acesso a duas das frações, é lícito que a disciplinação do uso dessa coisa comum caiba apenas a esses dois consortes, uma vez que, a intervenção de qualquer um dos

¹⁸⁵ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 38.

¹⁸⁶ SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 76.

¹⁸⁷ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 38.

outros, que de forma alguma poderiam ver o seu direito ou o uso da sua fração afetados, integraria a figura do abuso de direito.

Caso a regulamentação própria seja omissa, e não haja acordo dos condóminos, a utilização a dar à parte comum tem que ser subjetivamente observada, para se poder concluir se a utilização pretendida integra ou não o destino dessa coisa comum. Parece-nos claro que, se no patamar das escadas existem floreiras seja o destino da coisa colocar lá vasos com flores, coisa que não acontece se nada existir e se um dos condóminos pretender, sem o consentimento dos outros, ornamentar o patamar de todos com vasos a seu gosto pessoal. No caso do tapete em frente à entrada das frações, é certo e notório que esse espaço se identifica com a finalidade do tapete e a ele se destina, o que se integra na utilização normal da coisa comum.

1.2.1.2.2. Os elementos de acesso de serviços às frações

Viver numa casa implica, por questões básicas de civilização, recurso a fornecimentos físicos que têm, inevitavelmente, origem no exterior e cuja distribuição fica consideravelmente mais barata, e globalmente mais conveniente, se efetuada em conjunto, com divisões para as diferentes frações. Nestes recursos inclui-se o fornecimento de água e evacuação através do respetivo saneamento, além da eletricidade, de telefone e, mais recentemente, de gás combustível, de internet, de televisão por cabo, etc.

As estruturas físicas de distribuição, e recolha no caso do saneamento, existentes num prédio constituído em propriedade horizontal, sendo naturalmente comuns, entendeu, o legislador, consagrá-las como imperativamente comuns, estabelecendo na alínea d) do n.º 1. do artigo 1421.º como sendo comuns “...as instalações gerais de água, eletricidade, aquecimento, ar condicionado, gás, comunicações e semelhantes...”.

Importa, antes de mais, saber do que constam as instalações gerais e se as mesmas são comuns desde a sua entrada no prédio objeto da propriedade horizontal, ou se só o são enquanto possam servir uma pluralidade de condóminos, tornando-se partes integrantes de frações autónomas naquela parte da estrutura em que só sirvam uma determinada fração. A relevância desta problemática levanta-se em dois campos distintos. Por um lado, tanto pode existir determinada instalação que apenas é

utilizada por uma fração, como poderá ser o caso de num prédio constituído por muitas frações e apenas uma ter ligação externa de internet ou de televisão por cabo, ou até mesmo, numa altura em que o mercado de fornecimento de eletricidade tende para uma liberalização total, situação em que o fornecimento de eletricidade de um dos condóminos é feito por fornecedor diferente de todos os outros com instalações que, não obstante poderem ser em abstrato gerais, apenas a ele servem. Por outro lado também existem partes das instalações gerais, no fim de cada ramificação, que apenas servem a fração a que se dirigem, não podendo, na visão mais formalista, deixar de analisar até que ponto é que a parte final dessas ramificações, podendo ser mesmo um aparelho à parte (como acontece no caso do ar condicionado), pode ou não estar integrada na previsão desta norma, conferindo-lhe o estatuto de parte necessariamente comum.

Vamos observar estas duas situações pela ordem inversa à que acima apresentamos tendo em conta a necessária interligação que entre as duas vamos encontrar.

No que toca às derivações das diversas condutas que, deixando a conduta central ou, pelo menos plural, que sirva a mais do que uma fração, é opinião de muitos autores que se trata de uma parte privativa de cada um dos condóminos. Sandra Passinhas¹⁸⁸ considera que, não obstante o *lapsus scriptae* que preconiza¹⁸⁹, “...a presunção de comunhão vale só para a parte da instalação que se pode chamar central, não para as condutas derivadas que, destacando-se da conduta central, entram nas frações autónomas e são propriedade exclusiva dos condóminos...”. Outros há, como Pires de Lima e Antunes Varela¹⁹⁰, que entendem que “...os ramais de derivação para cada fração autónoma são elementos privativos, pertencendo em propriedade ao respetivo condómino...”.

Para Aragão Seia¹⁹¹ “...logo que as suas derivações (das instalações gerais) entram na fração autónoma passam a ser propriedade exclusiva do respetivo condómino...”. Intencionalmente deixamos a posição deste autor para o fim pois no

¹⁸⁸ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 39.

¹⁸⁹ Em PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 29, tal como anteriormente vimos, faz a distinção entre as partes “...imperativamente ou necessariamente comuns (n.º 1) das partes presumidamente comuns (n.º 2)...” e posteriormente, a páginas 39, referindo-se à norma constante na alínea d) do n.º 1 desse artigo, e assim inserido nas, para si, partes necessariamente comuns, utiliza a expressão “...a presunção da comunhão vale só...”, referindo-se a elas, erradamente, como partes presumivelmente comuns.

¹⁹⁰ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 422.

¹⁹¹ SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 76.

seguimento do seu texto aparentemente entra em contradição quando refere, no parágrafo que imediatamente se segue, que “...*continuum, contudo, a pertencer ao condomínio instalações unitárias que atravessem o interior da fração autónoma, como os canos de ventilação mecânica geral e os cabos das antenas parabólicas de uso comum, embora os acessórios existentes na fração, como as tomadas e outros, sejam propriedade do titular da fração...*”. Numa primeira análise poder-se-ia concluir que o autor pretendia diferenciar o tratamento jurídico a dar, por um lado, às ramificações finais das instalações gerais quando estas se encontravam ligadas materialmente, atravessando-a, apenas à fração autónoma a que se destinavam ou a parte comum, e, por outro lado, às ramificações que atravessavam outras frações autónomas que não aquela que é o seu destino final. No entanto, a expressão “unitária” constante na segunda transcrição leva-nos a admitir que o autor, e aí coerentemente, pretendeu estabelecer este regime apenas para as ramificações comuns a uma pluralidade de frações (pelo menos duas) que atravessassem frações autónomas, criando assim uma espécie de servidão de passagem dessas ramificações, ou mesmo uma espécie de direito de superfície, que possibilitasse que um elemento comum não perdesse a sua natureza de comum, enquanto atravessava uma fração autónoma de terceiro, à qual se encontrasse materialmente ligada.

Esta interpretação da posição de Aragão Seia não pode estar isenta de críticas. Por um lado, poderia um mesmo ramal final de uma instalação geral, na parte em que já só se dirigia ao serviço de apenas uma fração, atravessar alternadamente, essa e outras frações, repetidamente, até chegar ao seu destino final, o que provocaria uma sempre indesejada intermitência de natureza jurídica ao longo do percurso de uma mesma instalação, com sérias implicações, quer ao nível de suporte de custos, quer ao nível de tomada de decisão, no que diz respeito à manutenção e benfeitorias dessa mesma instalação. Por outro lado, não se compreenderia como a parte de uma instalação, destinada apenas a uma fração, e que corresse ligada materialmente a outra, pudesse ter acessórios nessa outra fração, como tomadas, pois acessórios desses só terá a fração final a que se destinem.

Mesmo considerando a aparente contradição referida, não podemos deixar de notar a importante consideração deste autor no que concerne à autonomização da natureza jurídica dos ramais em relação aos acessórios existentes, não compreendendo no entanto, como se poderia contornar a aludida intermitência na natureza jurídica do direito.

Nesta fase podemos considerar que a opinião dos autores citados é unânime, o que, aliás, não se distingue da generalidade da doutrina, defendendo que os elementos de acesso de serviços às frações, são comuns nos seus ramais enquanto servem uma pluralidade de frações destinatárias, e se tornam privativos, quando passam, ainda que atravessando partes comuns ou frações autónomas de outros condóminos, a servir exclusivamente uma fração, passando aí a ser elementos integrantes dessa mesma fração. A aceitação desta consensual opinião levanta-nos o problema de definir, com alguma segurança, em que ponto exato de uma instalação se encontra a fronteira entre a parte comum e a parte exclusiva dessa instalação.

Naqueles serviços que dispõem necessariamente de um aparelho medidor, instalado no local por parte do fornecedor do serviço (vulgarmente conhecido como “contador”), o que acontece, por exemplo, com o fornecimento de água e eletricidade, será fácil considerar esse próprio contador, como primeiro elemento integrante da fração (ou pelo menos o local da instalação ao qual o contador se encontra materialmente ligado), podendo considerar-se que, desde a entrada no prédio até chegar ao contador, estamos perante um elemento necessariamente comum, e do contador para a frente, estamos perante elemento privativo da fração em que se integra com todas as consequências, em sede de decisão e responsabilidade.

No entanto, esta solução encontra ainda duas brechas. Uma ao nível da caracterização da parte do ramal que já só dá acesso à entrega do serviço a uma fração antes do contador, que, não obstante se destinar apenas a uma fração, não deixaria de se considerar uma parte necessariamente comum. Outra, ao não dar resposta à caracterização dos ramais, nas situações de fornecimento de serviços que não implicassem a existência de um contador que servisse como elemento de fronteira, como acontece na ligação da antena exterior do prédio às tomadas das diferentes frações, que leva o sinal da televisão do prédio a todos os condóminos.

Estes dois casos, que até agora não parecem tratados pela doutrina, obrigam a que se determine uma fórmula que permita, na generalidade das situações, encontrar, estável e coerentemente, um ponto de fronteira. Ao fazermos isso, não podemos deixar de ter presente as consequências que advêm dessa formulação, pois ao estabelecermos que determinada parte de um ramal de fornecimento de serviços é privativa de uma fração, não só estamos a onerar o titular dessa fração com as responsabilidades inerentes à sua manutenção e respetivas inovações, como também estamos a impedir todos os outros condóminos de enxertarem ligações com ramais

próprios para levarem esses serviços às suas próprias frações, como acontece quando há contador a jusante do mesmo. Neste caso, teremos que entrar no campo da potencial utilização. Efetivamente só poderá ser considerado elemento privativo da fração, aquele que, em abstrato, seja insuscetível de utilização, ainda que posterior por parte dos outros condôminos. Como exemplo, admitamos que um cabo de fibra ótica que serve de internet uma fração e a dada altura das suas ramificações, já depois de entrar no prédio constituído em propriedade horizontal, entra na meação de uma parede de divisão entre duas diferentes frações, numa parte desta parede privativa de uma dessas frações. Neste caso, na ótica do titular da fração já servida, a vantagem que resultaria da integração exclusiva do ramal na sua fração seria a de se poder opor a que, sobrecarregando-a, alguém dela se viesse a servir e, por outro lado, passaria desde o início a ser o exclusivo responsável pela sua manutenção e por todas as benfeitorias futuras. Não seria proporcional, nem equilibrado, que num campo em que a própria lei estabelece o regime imperativo de comunhão, com as consequências inerentes a isso, com a potencialidade de maximização de utilidades futuras dos ramais, estabelecêssemos como critério decisivo para a integração na parte comum ou privativa a sua utilização atual.

Parece-nos assim como regra nesta matéria, seja aceitável que sempre que o ramal tenha um contador do serviço, seja o local de aplicação do contador o de fronteira entre a parte comum e da parte privativa desse ramal, pois seria inconcebível que o direito permitisse a um condômino enxertar um ramal próprio a jusante do contador de um vizinho, impondo-lhe o pagamento dos seus consumos, considerando-se assim parte comum toda a porção do ramal de serviço que sirva, ou possa em abstrato vir a servir, mais do que um condômino, sendo integrante da fração autónoma aquela que ou se encontre depois do contador ou seja, em abstrato, insuscetível de utilização futura por qualquer outro condômino¹⁹².

Por fim, no caso de determinada instalação que apenas é utilizada por uma fração, como atrás já referimos, a regra deve ser a mesma estabelecida no parágrafo anterior. É natural que com a evolução técnica ou a abertura dos mercados a novos prestadores de serviços seja possível que num determinado prédio apenas um dos condôminos requisite esse serviço. Uma vez que o condomínio autorize a ligação

¹⁹² Esta insusceptibilidade de utilização futura é aquela que para se tornar possível obrigaria a obras que só pudessem ser determinadas com autorização da assembleia de condôminos e nunca por iniciativa exclusiva de um só condômino.

desse serviço ao prédio – salvo no caso de determinação legal que exclua essa necessidade de autorização –, nada impede que daí em diante qualquer outro condômino venha a querer beneficiar dessa ligação, o que, a nosso ver, mantém integralmente a natureza de comum ou privativa desse ramal na exata medida em que seja insuscetível ou suscetível de servir, eventual e futuramente, uma qualquer outra fração do mesmo prédio, mesmo que isso nunca venha a acontecer.

1.2.2. Partes presumivelmente comuns

Paralelamente à qualificação de elementos necessariamente comuns estabelecida no n.º1, e que acabamos de analisar no ponto anterior, o n.º 2 do artigo 1421.º estabelece que se presumem ainda comuns, a) os pátios e jardins anexos ao edifício; b) os ascensores; c) as dependências destinadas ao uso e habitação do porteiro; d) as garagens e outros lugares de estacionamento; e, e) em geral, as coisas que não estejam afetadas ao uso exclusivo de um dos condôminos. Admitindo prova em contrário, tal presunção garante a possibilidade de integrarem uma fração autónoma, ou ainda, serem eles próprios uma fração autónoma, bem como abre a possibilidade de, essa presunção de comunhão, ser expressamente afastada, tornando a comunhão dessas partes, além de presumível, também supletiva.

1.2.2.1. Os pátios e jardins anexos ao edifício

A primeira questão que se levanta quando entramos neste domínio é, precisamente, o que se define por pátio e jardim. A definição em que nos apoiamos é a que nos é apresentada por Sandra Passinhas¹⁹³, que os define como “...*anexos ao edifício quando haja entre eles qualquer ligação material ou espacial...*”. Paralelamente, aquela citada autora, distingue também, pelas funções, os pátios de jardins. Por um lado, os pátios, teriam como função principal a de fornecer ar e luz ao edifício, podendo, secundariamente, servir de acesso ao prédio ou de estacionamento, enquanto por outro, os jardins teriam uma função decorativa ou de lazer.

¹⁹³ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 40.

Nesta fase, e analisando a questão da natureza dessas partes do prédio, não podemos ser indiferentes à posição anteriormente tomada no que diz respeito à imperatividade da comunhão dos solos¹⁹⁴. Sem perder de vista a definição de pátio e de jardim de Sandra Passinhas, temos que fazer uma distinção entre as situações em que o pátio ou o jardim existentes no prédio constituído em propriedade horizontal coincidem com o terreno do próprio prédio, e aquelas outras situações em que o pátio ou o jardim existem sobre parte da construção, o que acontece em pátios e jardins sobre garagens ou outras frações, ou mesmo pátios interiores, situação essa em que o tratamento jurídico tem que ser necessariamente diferente.

Falando de pátios ou jardins que, inseridos na construção do edifício, não estejam assentes no terreno do mesmo, mas sim no resto da construção, tendo sob eles outras frações ou outras partes comuns, como garagens ou afins, verificamos que a titularidade dos mesmos, como fração comum ou autónoma, não é aferida nos termos da presunção do n.º 2 do artigo 1421.º, que apenas se refere à espécie pátios ou jardins quando aparecem inseridos, exclusivamente, no terreno do edifício, mas sim como espécie do género de terraços de cobertura previstos no artigo 1421.º, n.º1., b).

Neste caso específico, concluímos que os pátios e jardins não são anexos aos edifícios, mas sim integrados neles próprios, como espécie de terraços, tendo assim, imperativamente, que revestir natureza comum, ainda que destinados ao uso exclusivo de qualquer dos condóminos, aliás, como atrás tivemos o cuidado de clarificar.

Assim, a única forma de uma parte de um prédio constituído em propriedade horizontal ser anexa ao edifício, não constituindo assim terraço de qualquer parte desse edifício, é estar assente, ou constituir propriamente dito, o seu terreno de logradouro.

No seguimento do que anteriormente foi referido a respeito do solo, é natural concluir que toda e qualquer parte do terreno anexa ao edifício, caso integre o conceito de pátio ou jardim, não sendo parte imperativamente comum é, no entanto, presumivelmente comum, podendo esta presunção ser afastada pelo próprio título constitutivo. No caso de o pátio ou jardim integrarem o conceito de terraço de cobertura são parte comum, ainda que, paradoxalmente, destinados ao uso exclusivo de qualquer dos condóminos.

¹⁹⁴ Cf. Capítulo II, 1.2.1.1.1.

1.2.2.2. Os ascensores

A definição de ascensores, segundo o conceito mais consensual, é-nos apresentada por Moitinho de Almeida¹⁹⁵, que os define como “...*aparelhagens destinadas ao transporte de pessoas e coisas de e para os diferentes pisos... ...os destinados ao transporte de condóminos, seus familiares e visitantes, tomam o nome de elevadores... ...os de mercadorias, tomam o nome de monta-cargas...*”.

As questões quanto à natureza, comum ou autónoma, dos ascensores prendem-se com duas particularidades diferentes. Por um lado, um ascensor pode servir uma multiplicidade de condóminos, ligando diferentes partes comuns entre si, ou entre si e partes próprias, ou, por outro lado, podem ligar duas partes próprias de uma mesma fração, o que acontece no caso de um duplex dispor de um elevador que ligue, internamente, os seus dois andares, ou, independentemente da configuração da fração, um elevador exclusivo de uma fração que faça a ligação exclusiva de uma parte exterior ou de uma parte comum até essa fração.

No primeiro caso, em que o ascensor serve uma pluralidade de frações, que é a situação mais comum nos prédios atuais, não podemos deixar de ter presente o estatuído no n.º 4. do artigo 1424.º que estabelece que “...*nas despesas dos ascensores só participam os condóminos cujas frações por eles possam ser servidas...*”, situação que aprofundaremos mais à frente na abordagem da responsabilidade pelas despesas inerentes às partes comuns.

A questão colocada por esta norma, do n.º 4. do 1424.º, poderia gerar alguma confusão, ao permitir associar a exoneração da responsabilidade de contribuir para as despesas de manutenção por parte dos condóminos que dos ascensores não se pudessem servir, à aparente ausência de comunhão dos ascensores por partes de todos os condóminos, projetando-os para a tutela de uma alegada contitularidade apenas daqueles que deles se pudessem servir.

Efetivamente, o sentido da norma é precisamente o contrário da hipótese colocada, ainda que academicamente, no parágrafo anterior, pois se os ascensores, reduzindo ao absurdo, fossem apenas qualificados como comuns daqueles que deles se pudessem servir, desde logo só esses estariam obrigados ao pagamento das despesas a eles inerentes e, inevitavelmente, teriam que, esses ascensores, integrar as

¹⁹⁵ ALMEIDA, L. P. MOITINHO, «Propriedade Horizontal», 2.ª Ed., Livraria Almedina, COIMBRA, 1997, pág. 51

próprias frações, não necessitando de nenhuma norma que eximisse de responsabilidade os outros condôminos.

No entanto, tal situação não se coloca, pois se um elevador servisse apenas duas frações diferentes de um prédio onde mais frações existissem, teríamos uma séria dificuldade em integrar esse elevador apenas no domínio dessas duas frações, o que só aconteceria caso se conseguisse criar uma espécie de um condomínio secundário, dentro do primeiro condomínio, em que existissem partes, que do ponto de vista de alguns dos condôminos, os titulares dos elevadores, seriam partes comuns, e em relação aos outros, partes próprias de frações de outrem.

Assim, é forçoso concluir que a existência do n.º 4. do artigo 1424º, ao invés de por em causa a eventual não comunhão de todos os condôminos de ascensores de que nem todos se possam servir, impõe, isso sim, a forçosa comunhão desses elementos do prédio, criando apenas um regime excepcional para efeito de pagamento de despesas, regime esse que só se justifica precisamente por o elemento elevador ser, neste caso, necessariamente comum de todos.

Porém, se o ascensor ligar duas diferentes partes de uma fração, e, especificamente, se as frações forem verticalmente contíguas uma da outra, o que acontece, por exemplo, se nos dois andares inferiores de uma propriedade horizontal funcionar uma loja que tenha um elevador ou monta-cargas a ligar os dois pisos (é uma situação muito comum em restaurantes de dois andares em que uma das salas de jantar se encontra em piso diverso do da cozinha e, para fazer o rápido e higiênico transporte da comida confeccionada, é instalado um pequeno monta-cargas de ligação), neste caso esse ascensor é parte integrante da própria fração, afastando-se assim a presunção do n.º 2 do artigo 1421º.

No entanto, na situação prevista no parágrafo anterior, se o ascensor assegura a ligação entre duas partes da mesma fração, em pisos diferentes mas descontínuas – como se constata na ligação entre a garagem ou a arrecadação existentes na cave e o apartamento situado num dos pisos superiores¹⁹⁶ –, ou o fosso do ascensor é parte integrante dessa fração, o que na realidade torna as duas partes contíguas, ou o fosso não está integrado na fração e aí a solução já não será esta, mas sim a apresentada, imediatamente abaixo, no terceiro caso.

¹⁹⁶ Caso da situação melhor estudada à frente, da interpretação enunciativa do artigoº 1422.º-A., em sede do objeto da propriedade horizontal.

No terceiro caso, em que independentemente da configuração da fração, um elevador exclusivo seu, que estabeleça a ligação exclusiva de uma parte exterior, ou de uma parte comum, até essa fração – o que eventualmente acontece num último andar que disponha de elevador privativo, ou no caso de um estabelecimento comercial ter um monta-cargas dedicado, desde um armazém pertencente à mesma fração –, é difícil determinar se a natureza desse ascensor é parte integrante da fração ou parte comum integrante do prédio.

Para Abílio Neto¹⁹⁷ tal questão não se levantaria pois, no seu entendimento, “...nunca ninguém sustentou que pudessem ser afetados ao uso exclusivo de um condômino e/ou que pudessem integrar apenas alguma fração, tanto mais que, uma vez instalados, constituem parte integrante do prédio (artigo 204.º - 1 – e, do Cód. Civil) e perdem a sua natureza original de coisa móvel e passam a fazer parte das coisas imóveis...”.

A diferente natureza que pode revestir, pode ser determinada por dois fatores. Pode advir do próprio título constitutivo, expressando se se trata de uma parte integrante da fração a que diz respeito – podendo obviamente manter as paredes do fosso do ascensor a natureza de comuns, caso se tratem de paredes mestras ou, pelo menos, integrem a estrutura do prédio – ou não constar como parte integrante, ficando no entanto as suas despesas a cargo do condômino que dele beneficia, podendo este ter que aceder a futuras utilizações por parte de outros condôminos, caso, ou na eventualidade de, no futuro, estes também virem a poder beneficiar desse ascensor, e consequentemente, serem aqui obrigados a participar nas respetivas despesas.

No caso da exclusividade de possível utilização de um ascensor, por parte de um dos condôminos, ser posterior à criação da propriedade horizontal e, consequentemente, posterior ao título constitutivo, e a mesma resultar ou da construção posterior do ascensor, ou, como acontece frequentemente, resultar da transformação de um ascensor que servia uma multiplicidade de condôminos para apenas um, em virtude de serem fechados os acessos ao ascensor para os outros, as soluções poderão ser diferentes.

Se nos centrarmos primeiro na questão da instalação, *ab initio*, de um novo ascensor, e só tem neste momento importância se unir partes de uma mesma fração ou frações isoladas tendentes a constituir uma nova, se as mesmas forem descontínuas

¹⁹⁷ NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 138.

(pois se forem contíguas estaremos no âmbito do direito potestativo de junção de frações e consequente alteração do título constitutivo e correspondente integração do ascensor nas partes integrantes da própria fração¹⁹⁸), neste caso esta alteração necessita de uma aprovação de dois terços da assembleia de condóminos convocada para o efeito e, uma vez que não altera nenhuma fração, passa, o novo ascensor, a integrar, exclusivamente, as partes comuns, não obstante o pagamento das despesas a ele inerentes serem exclusivas daquele condómino que dele se pode servir¹⁹⁹. Neste caso, dificilmente se poderia conceber que, sem obras de adaptação que constituíssem inovações, qualquer outro dos condóminos pudesse vir a servir-se desse ascensor, o que, inevitavelmente, condicionaria qualquer alteração a nova deliberação da assembleia de condóminos, e, como tal, estabiliza a natureza de parte comum do ascensor.

No diferente caso de a exclusividade de utilização do ascensor resultar da concreta impossibilidade superveniente de utilização por parte dos outros condóminos, podendo essa impossibilidade resultar de uma alteração legislativa (por exemplo se um monta-cargas servisse indiscriminadamente frações de habitação e apenas uma fração de comércio e, em virtude de uma alteração na lei passar a só poder servir frações destinadas ao comércio) ou de uma alteração material do prédio (por, por exemplo, as portas de acesso terem sido bloqueadas através de obra nova legítima) ainda nesta circunstância, é impossível estabelecer-se que a natureza comum do ascensor seja afetada, pois, quer a exclusividade de utilização, quer a exclusividade na assunção das despesas, têm cobertura legal no âmbito da comunhão condominial.

Ao mesmo tempo, e apreciando concretamente os casos em apreço, se a exclusividade de utilização se extinguir, por razões legais ou de natureza material, caso se tivesse admitido a transformação do ascensor em parte própria ou exclusiva de uma fração, seria agora fator impeditivo da reaquisição do direito ao uso, por parte dos outros condóminos, do ascensor, o que nos levaria a ter que aceitar a transformação de normas reguladoras do conteúdo da relação jurídica condominial, em normas constituidoras de verdadeiras alterações nos próprios direitos dos condóminos. A ideia de admitir que estas alterações, que ultrapassariam mesmo a vigência dessas mesmas normas, no caso da alteração por força legislativa, e transformaria uma mera alteração material de um ascensor, por exemplo, bloqueando

¹⁹⁸ Cf. Capítulo III, 1.3.

¹⁹⁹ Cf. art.º 1425.º, n.º 1.

uma porta, numa verdadeira fonte de alteração jurídica do próprio condomínio, é, em absoluto, de rejeitar.

Em conclusão, verifica-se que a presunção de comunhão relativamente aos ascensores só pode ser afastada por uma de duas razões: ou por previsão do título constitutivo, que integre determinado ascensor numa qualquer fração, por o mesmo se encontrar, absolutamente, integrado nessa fração como parte dela, ou se vier a ser posteriormente integrado, por alteração do título, numa só fração.

Afastamo-nos assim da posição tomada por Abílio Neto, atrás citada, que, antecipando a já mencionada oposição à possibilidade de os ascensores poderem não ter natureza comum, e para justificar o enquadramento legal como partes presumivelmente comuns, e não partes imperativamente comuns, acrescentou ainda que “...só não são qualificados como coisas imperativas comuns, pela simples e quiçá decisiva razão de que há imóveis de habitação coletiva em relação aos quais não é obrigatória a instalação de ascensores... ..e, daí, que sejam catalogados nas coisas presuntivamente comuns...”²⁰⁰.

A posição deste autor, no que agora é exposto, não colhe o nosso acordo. O facto de ser obrigatória a instalação de ascensores num prédio não significa que só possam ser instalados os ascensores obrigatórios, nada impedindo que, ao lado destes, sejam instalados outros que sirvam exclusivamente qualquer fração. Neste caso, integrar um ascensor numa fração não lhe retira a qualificação de parte integrante nos termos do artigo 204.º, apenas altera a coisa principal em que se integra, deixando esta de ser o prédio, titulado comumente por todos os condóminos, e passando a ser a fração a que pertence, fração essa apenas da titularidade do seu proprietário.

A nosso ver, é de excluir a hipótese de integração de um ascensor numa fração por funcionamento do instituto da usucapião, pois não existe nenhuma forma em que um dos condóminos possa preencher, isoladamente, o elemento de *corpus* da posse, o elemento material, que não fosse também preenchido na posse de condómino que, como comproprietário, tem pleno poder de utilização das coisas comuns, onde se insere o ascensor. Por outro lado, ainda que, o que seria de prova quase impossível, se se conseguisse preencher os elementos da posse por parte de um condómino, como exclusivo possuidor de um ascensor, de nada valeria do ponto de vista da integração do ascensor na fração nem se conseguiria, a sua aquisição em propriedade plena,

²⁰⁰ NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 138.

como fração, na esfera jurídica do possuidor, pois o instituto da usucapião permite, de forma originária, a constituição de direitos reais sobre coisas, mas não permite modificar as partes do edifício correspondentes às várias frações, obrigatoriamente especificadas no título constitutivo, nomeadamente no que diz respeito à necessidade de constituírem unidades independentes e isoladas entre si²⁰¹.

1.2.2.3. As dependências destinadas ao uso e habitação do porteiro;

A presunção de comunhão que nos é trazida por esta norma pode ser abordada sob duas diferentes perspetivas. Por um lado, importa esclarecer se esta presunção se aplica, única e exclusivamente, à habitação e/ou local de trabalho, enquanto tal, do porteiro, ou se se aplica também a outras partes do prédio de benefício comum e natureza análoga. Por outro lado, importa esclarecer se a presunção desta comunhão existe independentemente da natureza jurídica dessa dependência.

Focando-nos primeiro na primeira questão, não podemos deixar de salientar a opinião de Sandra Passinhas que afirma que “...a presunção de comunhão deve aplicar-se, analogicamente, a todos os locais destinados a serviços comuns: vigilância, lavandaria, contabilidade, entre outros...”²⁰². Considerar que o legislador ao utilizar a expressão “dependência” pretendia referir-se a locais, como se pudesse incluir quadros elétricos, armários ou afins, parece-nos demasiado excessivo. Do nosso ponto de vista, parece-nos que ao referir-se à possibilidade de uso ou habitação por parte do porteiro, se referirá a uma fração, ainda que não autónoma, que disponha das condições mínimas de habitabilidade, com casa de banho e cozinha, ou, pelo menos, uma divisão que permita, com privacidade, a mudança de roupa e práticas de higienização pessoal, o que pode acontecer, por exemplo, numa casa de banho ou num vestiário.

A possibilidade aberta pela autora citada de se alargar a aplicação desta presunção a situações análogas não acolhe o nosso acordo, pelo menos de uma forma tão ampla quanto a que aí vem indicada. Por um lado, esta aplicação esvaziaria, em grande parte, o espírito da norma constante da alínea e) do mesmo número e, por outro lado, a referência à ligação com a atividade do porteiro, quer no uso, quer na

²⁰¹ Cf. artigo n.º 1414.º e 1415.º.

²⁰² PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 41.

habitação, parece ser exatamente o que pretende o legislador inserir nesta disposição, parecendo-nos claramente excessiva a falta de ligação a essa atividade, que resultaria da analogia a dependências como as de lavanderia e de contabilidade.

Assim, e tal como assume Abílio Neto, as frações destinadas ao uso e/ou habitação do porteiro podem tomar uma de três formas: ou não estando, em absoluto, previstas; ou poderem constar no título constitutivo como partes comum com o destino específico de utilização por parte do porteiro; ou ainda, estando exclusivamente destinada também ao uso do porteiro, poderem constituir, elas próprias, frações autónomas²⁰³.

No primeiro caso, a questão é de menor importância. Não sendo legalmente obrigatória a existência de porteiro nos prédios constituídos em propriedade horizontal não é também, por maioria de razão, obrigatória a criação de uma dependência, ou fração, ao seu uso destinada. Caso a assembleia de condóminos delibere no sentido de contratar serviços de portaria, obviamente que qualquer fração destinada a esse porteiro para seu uso enquanto tal, para que a assembleia sobre ela possa deliberar, tem que, necessariamente, ser uma parte comum. Obviamente, que nada impede que o titular de uma fração a coloque, até graciosamente, ao serviço do condomínio para que o porteiro a possa usar, mas aqui, a presunção de comunhão dessa dependência seria desde logo ilidida pelo próprio título constitutivo, onde constava a verdadeira propriedade dessa fração.

No segundo caso, em que a “casa do porteiro”, constituindo uma unidade materialmente independente, revestindo a qualidade de fração, não é no entanto autónoma, mas se destina, por força da própria licença de utilização do prédio, ao domicílio deste colaborador, e separando a componente administrativa da civilista, nada impede que os condóminos, em assembleia convocada para o efeito, mandatem o administrador para proceder aos atos conducentes à alteração dessa licença. Para o efeito, é nosso entendimento que a deliberação não carece de uma maioria que não a prevista no artigo 1432.º n.º 3, a saber: aprovada por maioria dos votos representativos do capital investido, que é a regra geral. Esta posição, em relação à maioria necessária na assembleia que mandate o administrador para proceder aos atos, seria ainda reforçada pelo próprio elemento sistemático da interpretação que, tendo em conta o estatuído no n.º 4 do artigo 1422.º, interpretado *a contrario*, estabelece que,

²⁰³ NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 140.

sempre que se pretenda alterar o fim de uma fração, que não autónoma, não se aplica a exceção de exigência de uma maioria representativa de dois terços do valor total do prédio²⁰⁴. No entanto, e enquanto isso não aconteça, parece-nos que, por maioria de razão, não pode, por força do próprio artigo 1406.º, qualquer dos condóminos dar-lhe um uso diferente daquele a que se destina.

Para além disso, e não sendo um imperativo legal que as frações integrantes das partes comuns disponham, no título constitutivo, de referência ao fim a que se destinam²⁰⁵, caso no entanto o façam, a alteração, aqui civilista, deste fim, tem que ser efetuada nos termos do artigo 1419.º.

Ocorre-nos também aqui a questão, já tratada pela jurisprudência, se uma dependência comum, com as características materiais para ser uma fração autónoma e destinada à habitação do porteiro, pode ou não ser transformada em fração autónoma²⁰⁶. Em primeiro lugar, esta alteração implica uma alteração ao título constitutivo pois inevitavelmente influenciará, quer o número total de frações existentes no prédio, quer a percentagem ou permissão de cada uma isoladamente, o que terá que ser diferente da originalmente constante no título constitutivo, e como tal, implica, em conformidade com o artigo 1419.º, a outorga de escritura pública ou documento particular autenticado por parte da totalidade dos condóminos.

Por efeito dessa eventual verificação, põe-se a questão, resolvida no acórdão supra referido, de saber quem é o titular originário da nova fração recém-criada. Obviamente que, não tendo o condomínio personalidade jurídica é impossível ser este, como pessoa jurídica que não é, o dono desta nova fração. Obviamente que, sendo o condomínio, no que diz respeito às partes comuns, regido pelas regras da compropriedade, não poderia resultar desta nova fração uma titularidade diferente da compropriedade entre os diferentes condóminos, na proporção da sua quota.

A falta de personalidade jurídica do condomínio restringe a importância da titularidade das frações integrantes, desse condomínio, para a contitularidade da nova fração, ao momento da constituição dessa fração, sendo irrelevante qualquer

²⁰⁴ Estabelece o n.º 4 do artigoº 1422.º :”Sempre que o título constitutivo não disponha sobre o fim de cada fração autónoma, a alteração ao seu uso carece da autorização da assembleia de condóminos, aprovada por maioria representativa de dois terços do valor total do prédio.”

²⁰⁵ A referência legal às menções obrigatórias do título constitutivo vem prevista no 1418.º. Nesse artigo em nenhum local vem prevista a hipótese de se firmar o destino de frações que não as autónomas, mas o facto de o termo usado no seu n.º 2, no tocante a eventuais menções adicionais que o título possa conter, ser “designadamente”, leva-nos a concluir que a elencação é exemplificativa e não taxativa o que abre a possibilidade de se destinar também frações não autónomas ou comuns.

²⁰⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Junho de 1993, n.º convencional: JSTJ00019421.

transmissão posterior, o que significa, e nas palavras do próprio acórdão referido, “...se posteriormente vem a ser erigida, através de uma escritura de alteração do título constitutivo de propriedade horizontal, em fração autónoma... ..(uma anterior parte comum)... .., passa a revestir essa natureza, passando os demais condóminos a, sobre ela deterem um direito de compropriedade não extensível aos condóminos que apenas posteriormente adquiram no imóvel uma fração autónoma...”.

Finalmente, no terceiro e último caso, em que a dependência destinada à habitação do porteiro constitui, ela própria, uma fração autónoma, ou desde a constituição da propriedade ou, como imediatamente atrás vimos, por modificação ao título constitutivo, seguro é que o fim consta do próprio título. Não nos parece defensável que, podendo ser, essa fração, livremente alienada a qualquer sujeito, o comprador esteja limitado ao ponto de só poder habitá-la no caso de ser, ele próprio, porteiro do prédio em causa.

Obviamente que isto não acontece. Poderá ser defendido, embora a nós nos pareça desnecessário, que, por força do artigo 1422.º, n.º 4, esta alteração do fim, ainda que não mencionada, poderia ser alcançada por uma aprovação em assembleia de condóminos por parte de dois terços do capital do prédio. No entanto, quer no caso de a fração destinada ao porteiro ser autónoma desde o início, quer no caso de ter resultado de uma modificação do título, seria um claro abuso de direito, tal como previsto no artigo 334.º, algum dos condóminos pretender forçar o titular da fração destinada à habitação do porteiro a mantê-la devoluta, se o porteiro não existir ou, o que ainda mais absurdo se tornaria, obrigar o titular da fração a ser porteiro do prédio, como se de uma servidão pessoal se tratasse.

Na efetividade das coisas, a interpretação do fim a que se destina a fração constante do título constitutivo não pode ser interpretada de uma forma restrita, mas sim de uma forma genérica e não discriminatória²⁰⁷. Se se destina uma fração à habitação do porteiro, claro está que, em primeira análise, o fim a que se destina a fração é habitação. O facto de quem a habita ter ou não a qualidade de porteiro do prédio não pode ser motivo para se considerar que existiu desvio ao fim.

Assim, se a fração que se destina à habitação do porteiro constitui uma fração autónoma, encontra-se preenchido o seu fim desde que seja usada para habitação, independentemente de quem faz esse uso.

²⁰⁷ Cf. artigoº 1418.º, n.º 2, a)

Em conclusão, o facto de a presunção de comunhão, das dependências destinadas ao uso ou habitação do porteiro, ser ilidível, faz com que esta figura jurídica só seja merecedora de individualização expressa – em relação às outras partes comuns não individualizadas, que, não sendo necessariamente comuns, não constam, no entanto, da área de nenhuma aparente fração –, pelo facto de a sua configuração de fração ser suscetível de gerar apropriações autónomas.

1.2.2.4. As garagens e outros lugares de estacionamento;

Normalmente, nos nossos dias, o próprio título constitutivo estabelece que os lugares de garagem, ou as próprias garagens em si, integram frações autónomas, ou são elas próprias frações autónomas. As vantagens de serem frações autónomas prendem-se com a maior mobilidade que possibilitam, permitindo a sua alienação em separado da fração principal. Não sendo, por nós, aceite como possível, potestativamente, a divisão de frações²⁰⁸, esta individualização em diversas frações permite, sem mais, que as coisas que fazem parte do núcleo habitacional de cada condómino, o seu apartamento e respetivo estacionamento, possam ser alienados ou onerados em separado.

Acrescenta-se que, paralelamente a estas situações, existem outras com interesse significativo, normalmente associadas a prédios mais antigos, como é o caso do logradouro destinado a estacionamento de viaturas, ou uma cave comum, ou ainda um terraço ou cobertura, destinados, habitualmente, ou por força do título constitutivo, ao estacionamento de viaturas.

Quando isto acontece, e não se afastando a presunção que a norma do artigo 1421.º, n.º 2, d) estabelece, serão propriedade de todos os condóminos as garagens e outros lugares de estacionamento. No entanto, mesmo sendo a totalidade da garagem uma parte comum do prédio, pode a sua utilização ser alvo de regulação, quer constante do próprio título constitutivo, quer constante de regulamento do condomínio aprovado em assembleia de condóminos, quer ainda resultado de uma deliberação isolada de assembleia de condóminos convocada para o efeito²⁰⁹.

²⁰⁸ Cf. artigo 1422.º-A, n.º 3.

²⁰⁹ Cf. Capítulo IV, 1.2.

Como resultado desta circunstância, as garagens ou aparcamentos podem revestir a natureza de fração autónoma, de parte de fração autónoma, de parte comum para uso exclusivo do titular de determinada fração em virtude de regulação do uso de coisa comum, ou, ainda, podem ainda ser parte comum pura, sem qualquer uso regulado.

Em relação às garagens ou aparcamentos que são elas próprias frações autónomas ou integram frações autónomas, como em relação às garagens que são, de uma forma, pura partes comuns, sem estarem, conseqüentemente, ao serviço, ou ao uso exclusivo, do condómino titular de determinada fração, não se levanta qualquer questão, nem ao nível da administração da própria coisa, nem à assunção das despesas relativas a essa administração. Seguramente, cabe ao titular da fração, na primeira situação, e ao condomínio, na segunda.

Como vimos, existe ainda uma terceira hipótese, que é o facto de a garagem comum, por regulamentação ou por imposição do próprio título constitutivo, estar dividida em parcelas destinadas ao uso exclusivo dos titulares de determinadas frações.

Neste caso, e não obstante a regulação do uso das coisas comuns constar do título constitutivo²¹⁰, do regulamento do condomínio²¹¹ ou caber, subsidiariamente, dentro das funções do administrador²¹², não pode, em absoluto, essa regulamentação excluir a utilização, por parte de qualquer dos condóminos, da garagem para o seu fim normal – aparcar viaturas – ainda que seja fisicamente impossível que todos os condóminos venham, ao mesmo tempo, a utilizá-la. Neste caso concreto, não tendo a lei apontado uma solução clara, parece-nos que o recurso à equidade é a melhor solução, tendo em conta, quer a possibilidade de uso da coisa por todos, quer mesmo a proporcionalidade de permilagens de cada um dos condóminos²¹³.

²¹⁰ Cf. artigoº 1418.º, n.º 2 a)

²¹¹ Cf. artigoº 1488.º, n.º 2 b) e artigoº 1429.º-A.

²¹² Cf. artigoº 1436.º, g)

²¹³ No mesmo sentido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 03 de Dezembro de 2009, processo n.º 66/2001.S1, onde refere “...*Se não houver possibilidade física de estacionamento simultâneo de viaturas de todos os condóminos que tenham esse direito de uso tem o Administrador do condomínio de diligenciar por si ou através da Assembleia de Condóminos, por forma a arranjar-se solução que viabilize o direito da A. a também aceder e usar o espaço cujo direito ao uso também lhe pertence, repartindo o direito coletivo segundo critérios de equidade (a que não pode ser alheio o da proporcionalidade na compropriedade do edifício), que poderão passar, por exemplo, pela distribuição de tempos (horários diurno ou noturno, por dias da semana ou mês), pela marcação não individualizada de espaços físicos para ocupação, (fazendo-se esta segundo os espaços livres a cada momento, conforme um vulgar local de estacionamento na via ou num parque), o estabelecimento de escalas de ocupação, ou a estipulação de outras soluções abertas à criatividade ou até por*”

Na situação supra referida, não deixando de ser a garagem, ainda que regulada a sua utilização, uma parte comum, estarão a cargo de todos os condóminos, em proporção das suas quotas e respeitando as regras de administração das partes comuns, quer a sua gestão, quer as despesas inerentes à sua manutenção.

Quando se trata da matéria das garagens no âmbito da propriedade horizontal, a questão sempre presente é a que se prende com a existência ou não da possibilidade de fechar as frações destinadas ao estacionamento, existentes em espaço amplo, ou mesmo, através da colocação de porta ou cancela, isolar as garagens abertas. No desenvolvimento deste estudo, não podemos ser indiferentes ao facto de o estacionamento ser uma fração, ou parte de uma fração, sobre a qual incide o direito de propriedade. À partida, e centrando-nos apenas na componente privatística do direito, ignorando assim as questões inerentes ao direito público que inevitavelmente também se levantariam, parece-nos que o direito de tapagem existe, como direito potestativo, no âmbito do artigo 1356.º.

No caso de se tratar de uma parte que, sendo presumivelmente comum, possa estar ou não afeta ao uso exclusivo de uma das frações, nos termos do artigo 1421, n.º 2 d), não tem cabimento que possa ser tapada por vontade exclusiva de um condómino, ainda que seja o titular da fração a que o estacionamento está afeto. As partes comuns, ainda que destinadas ao uso exclusivo de uma fração, e centrando-nos exclusivamente na componente civilista do, hipotético, direito, não podem ser tapadas, salvo decisão da assembleia de condóminos aprovada por uma maioria dos condóminos, devendo essa maioria representar dois terços do valor total do prédio²¹⁴. Isso mesmo foi entendido pelo Tribunal da Relação do Porto, em 10 de Maio de 2010²¹⁵, estabelecendo que “...*apenas o proprietário pode murar, tapar o seu prédio... não o condómino sobre a parte comum ainda que com exclusividade de afetação... a afetação exclusiva não é de molde a converter em bem próprio o espaço de estacionamento...*”. Não poderia ser outra a nossa opinião, que não a que aí se encontra vertida.

Se o lugar de estacionamento for, ele próprio, uma fração autónoma, ou se resultar claramente do título constitutivo que é parte integrante de uma fração, e não, de modo algum, uma parte comum destinada ao uso exclusivo de um condómino, não

compensações financeiras, designadamente a nível de atenuação das despesas de condomínio de quem não precise de ocupar fisicamente a garagem em determinados dias ou horas...”.

²¹⁴ Cf. artigoº 1425.º n.º 1.

²¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de Maio de 2010, n.º convencional: JTRP00043864

nos parece que exista argumento forte e suficiente, insistimos que exclusivamente do ponto de vista privatístico, para que se impeça o direito de demarcação do titular. Nem o argumento de poder criar obstáculos que dificultem as manobras dos outros condóminos, o que não merece acolhimento, pois não pode merecer proteção jurídica a expectativa de utilização, para manobra, da área de propriedade de terceiro, nem o recurso ao argumento de que reduz amplitude ou altera a estética interna da garagem, o que só mereceria proteção se a lei o tivesse expressamente previsto, como o fez no que diz respeito à linha arquitetónica e ao arranjo estético do edifício, poderão constituir impedimento ao direito de demarcação do titular²¹⁶.

Assim, no nosso entendimento, a única limitação ao direito de tapagem do estacionamento nesta situação, reside na eventual possibilidade de a construção por em causa, de alguma forma, a segurança do edifício ou dos outros condóminos, como por exemplo se a iniciativa de tapar áreas de arejamento e ventilação ou criar obstáculos à passagem de meios de auxílio de emergência, como mangueiras dos bombeiros, por força do preceituado no artigo 1422.º n.º2, a), situação que inibe a concretização da tapagem, e, se esta, mesmo assim, avançar, dará lugar à demolição e correspondente indemnização por eventuais danos.

No mesmo sentido é perentório o Tribunal da Relação do Porto, como evidencia o acórdão de 16 de Fevereiro de 1993²¹⁷, decidindo que “...na qualidade de proprietário exclusivo da fração autónoma J, o condómino pode fechar com um muro de tijolo a área da respetiva garagem, com as limitações impostas pelo artigo 1422 do Código Civil e as que decorrem da própria natureza ou estrutura do edifício e suas partes comuns... ...tais obras traduzem-se no exercício do direito de tapagem conferido pelo artigo 1356 do Código Civil, não dependendo de autorização dos condóminos...”²¹⁸.

Aprofundando ainda a possibilidade da garagem, ou do estacionamento em garagem ser parte integrante de uma fração ou constituir ele próprio uma fração

²¹⁶ Cf. artigo n.º 1422.º, n.º 2 al. a).

²¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Fevereiro de 1993, n.º convencional: JTRP00007696.

²¹⁸ Em sentido contrário, Acórdão da Relação do Porto de 9 de Março de 1989 – “O espaço de estacionamento individual, delimitado por traços pintados no pavimento de uma garagem situada na cave ampla dum prédio em propriedade horizontal, é parte integrante das frações autónomas... ...não podem, contudo, ser realizadas quaisquer obras destinadas a fechar esse espaço, que constituem inovações em partes comuns, por serem à custa da ocupação do pavimento da garagem e da utilização da parede exterior e dos pilares de suporte do edifício, para apoio das paredes de vedação...” (BMJ, 385.º-612, citado por NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 166)

(observando obviamente os requisitos do artigo 1414.º), importa-nos agora saber se existe, por parte do proprietário, a faculdade de proporcionar o gozo desse estacionamento a terceiro, estranho ao condomínio, quer por contrato de arrendamento quer por outra eventual forma.

Dias da Fonseca entende que no caso de o gozo da garagem ser feito por terceiro “...os requisitos da autonomia e da independência impõem que nessa garagem não haja ligação direta às frações do corpo do edifício dessa cave: é que, como fração autónoma o direito de estacionamento pode ser adquirido por estranhos ao edifício, que passariam a ter acesso direto ao corpo do edifício com frações autónomas para habitação, o que no mínimo não seria desejável...”²¹⁹. Para Abílio Neto, “...aqueles requisitos ficam suficientemente preenchidos quando o acesso às frações superiores através de escadas ou elevador só possa ser feito por porta cuja chave seja detida apenas por quem seja titular do uso de fração do corpo do edifício, isto é, será indispensável uma ligação condicionada às frações superiores, sem necessidade de cair no extremo da impossibilidade total de o fazer...”²²⁰.

Efetivamente, a nossa posição, não partilhando das preocupações de Dias da Fonseca a este respeito, vai ainda além da solução proposta por Abílio Neto, tendo em atenção duas diferentes situações: Em primeiro lugar, se se tratar da cedência a terceiro, por exemplo através do arrendamento, de um estacionamento, parte integrante da sua fração, se o acesso ao exterior é assegurado ou pela porta da garagem, ou por zonas comuns que levem também a outras frações, não conseguimos encontrar argumentos suficientemente fortes que obriguem o terceiro a ter que entrar no e sair do edifício sempre pela garagem. A limitação ao direito dos outros condóminos de que terceiros não se movimentem nas zonas comuns do prédio não colide diretamente no direito que o terceiro eventualmente tenha da utilização do estacionamento, mas sim no direito de plena propriedade do condómino que cede o a ocupação, e no qual o direito de ocupação assenta; Em segundo lugar, com fundamentação ainda mais sólida, no caso de se tratar de uma cedência a terceiro de um estacionamento que constitua, ele próprio, uma fração autónoma, a única questão que deve ser tida em conta é, no título constitutivo, qual é ou quais são as entradas destinadas a essa fração, o que, na eventualidade de estar previsto o acesso por entrada que dê também acesso a

²¹⁹ FONSECA, MANUEL BAPTISTA DIAS DA, «Propriedade Horizontal» em *O Direito*, 124.º, 1992, I/II, p. 176

²²⁰ NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 141.

frações destinadas a habitação, nada justifica que por aí não possa o acesso ser efetuado. Isto justifica-se porque não existe uma hierarquia entre frações autónomas, que considere aquelas destinadas a habitação, e integrante do corpo do edifício, como sendo de primeira, e as destinadas ao estacionamento de viaturas e localizadas na cave, como sendo de segunda.

A questão aqui levantada agora, muito pertinente do ponto de vista doutrinal, terá no entanto menor relevância prática, porque tendencialmente, e por razões de proximidade, a cedência de estacionamentos é feita, maioritariamente, a outros condóminos do mesmo edifício.

1.2.2.5. Em geral, as coisas que não estejam afetadas ao uso exclusivo de um dos condóminos

O artigo 1421.º, n.º 2, e) determina que se presumem comuns, “...*em geral, as coisas que não sejam afetadas ao uso exclusivo de um dos condóminos...*”. Conjugando esta norma com a constante no n.º 1 do artigo 1418.º, poder-se-ia considerar que seria desnecessária, pois, não estando uma parte do edifício constituído em propriedade horizontal especificada, no título constitutivo, como correspondente a uma fração autónoma, conseqüentemente seria uma parte comum.

No entanto, articulando o disposto no n.º 1 e o n.º 2 do, referido, artigo n.º 1421.º, concluímos que o primeiro número estabelece aquelas partes do edifício que nem o título constitutivo pode desafetar o seu destino comum, daquelas outras, previstas no segundo, que só o título constitutivo pode afastar, mas, caso o não faça, não têm destino diferente senão o de serem partes comuns (não podendo ser, por exemplo, de um terceiro ou do estado).

Pertinente questão se levanta, ao interpretarmos, *a contrario*, esta norma, se deve ou não entender-se que uma parte, por exemplo, um logradouro ou um sótão, que esteja afetado ao uso exclusivo de um condómino²²¹, deve ser considerada parte própria, ainda que assim o não venha previsto no título constitutivo. Esta questão

²²¹ A avaliação de afetação ao uso exclusivo deve ser feita em abstrato e não em concreto. O facto de apenas um condómino utilizar determinada parte do edifício, porque os outros não o querem fazer, não torna essa parte, a ele, afetada.

ganha especial relevância quando essa afetação de facto existe mesmo em momento anterior ao da constituição da propriedade horizontal.

Para Sandra Passinhas, “...*assim como as coisas que estão estrutural e funcionalmente afetadas ao serviço de todas as partes próprias são imperativamente comuns, uma coisa que pela sua destinação objetiva só possa servir um condómino não pode deixar de ser considerada parte própria...*”²²². No mesmo sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, exemplificavam com “...*se... ..determinado logradouro só tem acesso através de uma das frações autónomas do rés-do-chão, deve entender-se que pertence a esta fração...*”²²³. No entanto, existia também jurisprudência superior em sentido contrário, entendendo que “...*devem considerar-se comuns as partes do prédio que o título constitutivo da propriedade horizontal não integra nas frações autónomas e que pelo título não são afetadas ao uso exclusivo de um dos condóminos...*”²²⁴.

Na nossa opinião, a questão em apreço está ultrapassada desde que o Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, acrescentou ao artigo 1421.º, um n.º 3, determinando que “...*o título constitutivo pode afetar ao uso exclusivo de um dos condóminos certas zonas das partes comuns...*”. Uma vez que nada, nesta nova norma, determina que a afetação do título constitutivo tenha que ser expressa, claro nos parece que a especificação, nesse título, de uma fração autónoma que, objetivamente, tenha exclusiva possibilidade de uso de determinada parte comum, mais não está a fazer que a afetar ao uso exclusivo dessa fração, essa parte comum.

Assim, concluindo, quando o acesso exclusivo a uma parte do prédio, não especificada como pertencente a fração, por exemplo um logradouro ou um sótão, se fizer por uma fração, esse logradouro ou sótão continuarão a ser parte comum, mas de uso exclusivo da fração que os acede, permitindo assim um uso próprio e exclusivo do condómino que dela for titular.

²²² Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 47.

²²³ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 423, nota 11.

²²⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 23 de Março de 1992, n.º convencional JSTJ00020257.

1.3. As frações autónomas

As frações autónomas, objeto propriamente dito da propriedade horizontal são, na definição extraída da leitura dos artigos 1414.º e 1415.º, “...as frações de um edifício... ...em condições de constituírem unidades independentes... (e) ...sejam distintas e isoladas entre si, com saída própria para uma parte comum do prédio ou para a via pública...”.

O facto de a lei referir como requisito da fração autónoma, a mesma constituir uma unidade independente levanta, desde logo, a questão de saber se o conceito de unidade obriga a uma unidade física, com ligação material e ininterrupta entre todas as partes componentes dessa fração, ou, pelo contrário, se essa unidade tem apenas que ser jurídica, permitindo que uma fração se prolongue por espaços não contíguos entre si, de um mesmo edifício.

Se, sistematicamente, atentarmos à norma constante do n.º 2 do artigo 1422.º-A, no que concerne à possibilidade de junção potestativa de frações autónomas²²⁵, estabelece que “...a contiguidade de frações é dispensada quando se trate de frações correspondentes a arrecadações e garagens...”. Não penetrando, desde já, na exploração de todo o sentido e alcance desta norma, torna-se no entanto claro que, interpretando enunciativamente, se, pelo menos no que toca a garagens e arrecadações, a lei permite que, mais tarde, se juntem numa fração, dispensando a contiguidade, por maioria de razão, também a lei permite que essa falta de contiguidade material exista desde o início.

Aceita-se então que a fração autónoma se poderá prolongar por diversos locais do edifício juridicamente contíguos e funcionalmente interdependentes ou complementares, não podendo, no entanto, cada um deles deixar de cumprir, individualmente, os requisitos do objeto previstos no artigo 1415.º, obrigando a todos eles de ter saída própria para parte comum do prédio ou para a via pública²²⁶.

A questão prática aqui colocada não levanta, nos casos concretos, grandes dúvidas, uma vez que, nos termos do artigo 1418.º, n.º 1., no título constitutivo são especificadas as partes do edifício correspondentes às várias frações, por forma a que

²²⁵ Cf. Capítulo III, 1.3.

²²⁶ No mesmo sentido, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 20 (nota 5), que, citando um acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 14 de Março de 1996, refere que “...constando do título aquisitivo de uma fração autónoma de prédio constituído em propriedade horizontal que esta é constituída por um apartamento sito em determinado andar e por um lugar de estacionamento sito rés-do-chão, este estacionamento faz parte da fração referida...”.

fiquem devidamente individualizadas, o que, na falta de especificação no título, qualifica por defeito a parte como comum.

2. FORMAS DE CONSTITUIÇÃO E AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE HORIZONTAL

A propriedade horizontal pode ser constituída, nos termos do artigo 1417.º, por negócio jurídico, por usucapião, por decisão judicial, ou, desde a alteração ao Código Civil provocada pela redação da Lei n.º 6/2006, de 27 de Junho, por decisão administrativa.

A importância e singularidade de cada uma destas formas de constituição, são merecedoras de um tratamento individualizado, que passamos a concretizar.

2.1.Negócio Jurídico

A constituição da propriedade horizontal por negócio jurídico pode acontecer *inter vivos* ou *mortis causa*²²⁷.

Mortis causa, e no âmbito do negócio jurídico, a propriedade horizontal constitui-se por testamento²²⁸, obedecendo à forma constante nos artigos 2204.º e seguintes.

Inter vivos, a propriedade horizontal pode constituir-se por simples contrato, por contrato complexo ou ainda por negócio unilateral.

Por simples contrato, a constituição da propriedade horizontal pode acontecer como solução para a divisão de um prédio detido em compropriedade, que preencha os requisitos do artigo 1415.º²²⁹, e, não sendo necessário aos comproprietários recorrerem a ação de divisão de coisa comum, por estarem de acordo quantos aos termos da divisão em condomínio, através do acordo amigável, nos termos do artigo 1413.º, ou como acordo de vários proprietários de diferentes prédios, estes fisicamente juntos, preenchem os requisitos do objeto da propriedade horizontal, obedecendo, em ambos os casos, a uma das formas previstas e mais adiante relatadas.

²²⁷ Cf. LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais* (3ª Edição), Almedina, Coimbra, 2012, pág. 295.

²²⁸ Cf. artigo 2179.º ss.

²²⁹ Nos termos do n.º 1 do artigo 1412.º, “...nenhum dos comproprietários é obrigado a permanecer na indivisão, salvo quando se houver convencionado que a coisa se conserve indivisa”.

Por contrato complexo, como resultado do exercício do Direito de Superfície previsto no artigo 1526.^{o230}. Tal como é referido por Menezes Leitão “...*neste caso a propriedade horizontal é constituída em resultado de um facto complexo de formação sucessiva: o negócio constitutivo de um direito de superfície relativo à construção sobre edifício alheio e a realização da construção sobre o edifício ao abrigo desse direito...*”²³¹. Assim, temos que ter um primeiro facto jurídico constituinte do Direito de Superfície, que pode configurar um negócio jurídico (contrato ou testamento), não podendo, no entanto, ainda que a letra da lei o possa aparentar²³², ser a Usucapião, dada a natureza concreta deste Direito de Superfície²³³, e seguidamente a própria construção em si.

No entanto, a sucessão destes dois factos pode não ser suficiente, e provavelmente quase nunca o será²³⁴, para a propriedade horizontal estar constituída, pois a nova construção, mesmo que o edifício original já seja, ele próprio, um condomínio, implicará quase sempre a constituição ou alteração do título, o que não acontece só por si.

Poderemos então ter uma de duas situações: ou temos o direito de superfície que permite construir sobre edifício já constituído em propriedade horizontal, e aí temos que proceder à alteração do título constitutivo, alteração essa que, no mínimo, importa o acrescento das novas frações e a determinação dos seus valores correspondentes, bem como os novos valores das frações já anteriormente existentes; ou temos o direito de superfície que permite construir sobre edifício uno o que implica, de início, a criação de um título constitutivo.

Em ambas as situações, estando de acordo fundiário e construtor quanto aos termos do condomínio²³⁵, poderão constituí-lo obedecendo, também aqui, a uma das

²³⁰ Estabelece o artigo 1526.^o que “...*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 aplicadas as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condóminos das partes referidas no artigo 1421.^o*”.

²³¹ Cf. LEITÃO, LUÍS MANUEL DE MENEZES, *ob. cit.*, pág. 296.

²³² Cf. artigo 1528.^o.

²³³ O direito de superfície, na modalidade de direito a construir, não se reflete em atos materiais que possibilitasse a existência de uma posse pública.

²³⁴ Não afirmamos, nesta passagem, que isto não acontece nunca, pois, academicamente, nada encontramos que impeça que se constitua um condomínio em cujo título constitutivo já esteja prevista, e regulada, a propriedade horizontal no caso de, dentro do aí previsto, se vir a construir sobre o edifício original. Teríamos então dois títulos constitutivos, sucessivos, o primeiro a termo e o segundo sob condição, num mesmo título.

²³⁵ Caso não estejam terão de recorrer a uma ação judicial e já estaremos fora do âmbito da constituição da propriedade horizontal por negócio jurídico.

formas que a lei prevê, e que mais à frente melhor serão relatadas, através de um quase negócio jurídico²³⁶.

Pode também acontecer que não seja necessário o acordo, uma vez que, da análise da lei, nada resulta que impeça que o próprio título que constitua a superfície estabeleça as precisas condições do edifício a construir, e preveja também, imperativamente, o seu título constitutivo, retirando margem de criação ao construtor e permitindo que, a conclusão da construção, existindo mais do que um condômino, seja condição suficiente para a propriedade horizontal ter o seu título definido. Neste caso, a constituição da propriedade horizontal aconteceria por declaração unilateral do construtor, através de um negócio unilateral.

Também por negócio unilateral pode ser constituída a propriedade horizontal, mas aqui de uma forma mais usual, caso resulte da vontade do proprietário único do edifício objeto dessa propriedade horizontal, por vezes até antes da construção do mesmo²³⁷. Caso o edifício não esteja ainda construído, a lei permite que seja constituída a propriedade horizontal, como promessa de venda de bens futuros, celebrando contrato-promessa de compra e venda de fração autónoma a construir²³⁸, mas, neste caso, o registo da propriedade horizontal, que à frente veremos, é lavrado como provisório por natureza²³⁹.

Acresce referir, que a constituição da propriedade horizontal, quando realizada por negócio unilateral, não produz imediatos efeitos, mas fica sujeita a uma condição suspensiva que é a entrada de, pelo menos, uma fração na esfera jurídica de pessoa diferente, pois, se assim não fosse, não estariam preenchidos os requisitos estabelecidos pelo artigo 1414.^{o240}.

Não se perceberia, caso um único sujeito fosse proprietário de todas as frações, ou seja da totalidade do prédio, que se mantivesse obrigado à realização de assembleias de condôminos, à legitimação de um administrador, às limitações ao uso

²³⁶ Chamamos-lhe quase negócio jurídico uma vez que, não obstante as partes terem a faculdade de, cumprindo as limitações da lei, livremente, estabelecerem os termos do título constitutivo, estão obrigadas a criar um, não podendo permanecer na indivisão condominial.

²³⁷ Uma construtora, para angariar investimento para um projeto de edificação, “vende” em planta apartamentos, através de contratos promessa de compra e venda sobre bens futuros;

²³⁸ Cf. artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, que estabelece também que “...salvo estipulação em contrário, fica o promitente vendedor obrigado a exercer as diligências necessárias à constituição da propriedade horizontal e à obtenção da correspondente licença de utilização...”.

²³⁹ Cf. artigo 92.º, n.º 1, b) do Código do Registo Predial.

²⁴⁰ Estabelece o artigo 1414.º que “...as frações de que um edifício se compõe, em condições de constituírem unidades independentes, podem pertencer a proprietários diversos em regime de propriedade horizontal...”, tornando assim a pluralidade de proprietários requisito essencial da existência desta figura jurídica.

das frações emergentes deste instituto e às regras de divisão de despesas e encargos, que serão necessariamente todas dele.

No entanto, esta não produção de efeitos, pode tomar duas diferentes formas, a saber: ou se considera que a propriedade horizontal não está constituída e só se considerará constituída após a alienação de pelo menos uma das frações, ou se considera que ela está constituída, mas a aplicação do regime se encontra subordinada a condição suspensiva.

Se optarmos pela primeira opção, como o fez Armindo Ribeiro Mendes²⁴¹, consideramos que o autor do negócio unilateral continua a ser proprietário pleno sobre um prédio indiviso e não assim titular de uma pluralidade de direitos sobre diversas frações autónomas. Reduzindo ao absurdo, teríamos aqui uma situação de um prédio indiviso, formal e materialmente dividido em frações, com a constituição da propriedade horizontal estabelecida e registada, considerando-se assim que, de imediato, o título constitutivo, não produziria quaisquer efeitos.

No mesmo sentido, Borges Araújo²⁴², entende que a regulamentação jurídica do instituto tem como pressuposto a existência de condóminos diversos e que “...ninguém pode ser comproprietário de si próprio...”, considerando este autor a propriedade horizontal de um único comproprietário, como uma contradição que impressiona e ofende os princípios legais. É então sua posição que a afirmação feita pelo proprietário único, declarando constituída a propriedade horizontal, não pode produzir quaisquer efeitos constitutivos do regime, pelo que a propriedade horizontal continuará a não existir.

Assim, estando um edifício nestas condições, e caso se procedesse à constituição formal da propriedade horizontal, salvo o ato voluntário de alienação de uma das frações que convalidaria essa constituição, nenhum outro efeito produziria a divisão efetuada, não podendo ser aproveitada por um terceiro, como transformadora do prédio de coisa indivisa em coisa composta e de cada fração como coisa autónoma.

²⁴¹ MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 57, referindo que “...quando a propriedade horizontal, enquanto regime que afeta um edifício, for constituída por um negócio unilateral realizado pelo proprietário (ou proprietários) do edifício, sem que se siga imediatamente a alienação das frações 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 frações autónomas...”.

²⁴² ARAÚJO, ANTÓNIO MAGRO BORGES DE, *Propriedade Horizontal: constituição por negócio jurídico*, Livraria Pax, Braga, 1968, pág. 12, ss.

Exemplificando, se um credor pretendesse executar património do titular do prédio, com o título constitutivo já outorgado, não poderia, segundo esta perspectiva, nomear à penhora uma dessas frações, mas apenas o prédio todo. De igual forma, se dois comproprietários de um prédio, nestas condições, pretendessem dividi-lo judicialmente, através de uma ação de divisão de coisa comum, também em nada aproveitaria a divisão já feita, pois, não produzindo efeitos, obrigaria a que o processo corresse todos os seus termos desde o início.

Por último, e a aceitar-se esta opinião, a própria propriedade horizontal extinguir-se-ia definitivamente caso, em dado momento, todas as frações se concentrassem num mesmo titular, obrigando assim, para que o instituto da propriedade horizontal voltasse a esse prédio, à outorga um novo título constitutivo.

Todos os argumentos supra referidos são, em nossa opinião, bastantes para afastar a posição que defende que a propriedade horizontal não está constituída com a outorga do título, e só se considerará constituída após a alienação de pelo menos uma das frações.

No que diz respeito à possibilidade de se considerar que a propriedade horizontal está, desde o momento da outorga do título constitutivo, constituída, mas a aplicação do regime se encontra subordinada a uma condição suspensiva, estaríamos perante uma situação em que o título constitutivo seria um verdadeiro ato de divisão do imóvel²⁴³, um ato que modifica a situação jurídica do edifício e a alienação da primeira fração será um ato de disposição de uma coisa já em si autónoma²⁴⁴, e que vincula ainda, modelando o estatuto jurídico do seu futuro direito, todos os futuros adquirentes das frações²⁴⁵.

Recorrendo aos mesmos exemplos acima referidos, se um credor pretendesse executar património do titular do prédio, com o título constitutivo já outorgado, poderia, segundo esta perspectiva, nomear à penhora uma dessas frações. De igual forma, se dois comproprietários de um prédio, nestas condições, pretendessem dividi-lo judicialmente, através de uma ação de divisão de coisa comum, estaríamos em sede de divisão de coisa comum composta, paralela a um processo de inventário judicial²⁴⁶,

²⁴³ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 98.

²⁴⁴ Não obstante sustentar, em geral, uma posição diferente, cf. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 55.

²⁴⁵ No mesmo sentido, MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 100-101.

²⁴⁶ Nos termos do artigo 925.º do Código de Processo Civil, a divisão de coisa comum só se aplica aos casos em que se pretenda dividir uma coisa, não falando assim em conjuntos de coisas, e apresenta como solução diferente caso a coisa seja divisível ou indivisível, procedendo-se à divisão em

e não poderia resultar desse processo uma propriedade horizontal com características diferentes das constantes no, título constitutivo, já existente.

Por último, e a aceitar-se esta opinião, caso, em dado momento, todas as frações se concentrassem num mesmo titular, a propriedade horizontal manter-se-ia nos exatos termos do título, estando apenas suspensos, até nova alienação de, pelo menos, uma fração, não produzindo, durante esse período, o instituto, os seus efeitos.

De igual forma, depois de construída a propriedade horizontal, nada impede, a nosso ver, que, sobre cada uma das frações, possa o proprietário constituir direitos reais menores, como o usufruto ou a habitação, ou mesmo direitos reais de garantia ou aquisição, como a hipoteca, no primeiro caso, e o contrato promessa com eficácia real, no segundo, o que não fará, no entanto, que se passem a produzir os efeitos da propriedade horizontal, pois esta, dada a sua natureza, obriga a que, pelo menos uma das frações, passe, em absoluto, para a esfera jurídica de um terceiro, só se constituindo, assim, com a transmissão da propriedade de uma das frações²⁴⁷.

No mesmo sentido, Rui Vieira Miller, entendeu que “...o negócio jurídico da constituição desse regime ficará, assim, na produção dos seus efeitos, dependente de se verificar ou não a aquisição do direito de propriedade de uma das suas frações autónomas por um terceiro...”²⁴⁸, realçando assim que, em tudo o que não for a produção de efeitos já se encontra o regime constituído²⁴⁹.

A não ser assim, e a considerar-se que a propriedade horizontal só se constituiria com a alienação da primeira fração, ficaria esvaziada de sentido a alteração ao n.º 1 do artigo n.º 1417.º, n.º 1, introduzida pela Lei n.º 6/2006, de 27 de

substância da coisa comum, no primeiro caso, e à adjudicação ou venda desta, com a repartição do respetivo valor, no segundo. Ora, se estivéssemos a falar num conjunto de frações, a divisão de coisa comum obrigaria, ainda que num mesmo processo, a uma avaliação de divisibilidade fração a fração, o que, dada a indivisibilidade das frações autónomas, obrigaria a adjudicação individual ou venda das frações uma a uma. No entanto, não nos parece que seja este o espírito da lei na ação de divisão de coisa comum, o que nos leva a, recorrendo ao elemento sistemático da interpretação, e tendo em conta a solução encontrada para a divisão de universalidades de facto no caso da divisão de patrimónios em sede de partilha – consagrada na ação de inventário –, por a natureza de dividir ser a mesma, observar uma interpretação extensiva da norma do artigo supra citado para situações não só de divisão de coisa, mas também de coisas, desde que a titularidade seja dos mesmos sujeitos em relação a todas elas e integrem todas, materialmente, um património com identidade comum.

²⁴⁷ No mesmo sentido, MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 98-99, bem como LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 406.

²⁴⁸ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 116.

²⁴⁹ No parágrafo seguinte, o autor reforça a sua ideia acrescentando, em relação à venda da primeira fração, que “...enquanto tal evento se não produzir, aquele negócio é ineficaz, pois, muito embora contenha todos os requisitos necessários à sua validade, os efeitos a cuja imediata produção se dirija não se desencadeiam por ausência da causa que cria a sua necessidade; e, por isso, e ineficácia do negócio é relativa enquanto respeita tão só aos efeitos cuja produção depende da existência de uma pluralidade de condóminos...”.

Junho, que, como melhor à frente veremos²⁵⁰, ao criar, ou reconhecer, a possibilidade legal da constituição da propriedade horizontal por decisão administrativa, que poderá vir a ser aquela decisão que aprova, desde logo e em determinadas circunstâncias, o projeto de construção do edifício, seria letra morta pois, ainda aí, não bastaria essa decisão administrativa para a constituição do instituto. Seria apenas um procedimento preliminar, tendo em vista o negócio jurídico capaz de transmitir a propriedade dessa fração original, negócio esse sim, nesse entendimento, o verdadeiro facto que habilita a operatividade do regime da propriedade horizontal.

Nestes termos, a decisão administrativa não mais seria do que uma variante da constituição da propriedade horizontal por negócio jurídico, o que não tem qualquer cabimento legal. Esta posição não poderia, de forma alguma, ser, por nós, seguida.

Partindo então da segunda posição, o nosso entendimento é de que a partir do momento da outorga do título constitutivo, a propriedade horizontal está constituída e a divisão das frações estabilizada, permitindo assim que, enquanto não se extinguir a propriedade horizontal, o estatuto do direito, do proprietário, sobre o prédio é o de proprietário de uma universalidade de frações autónomas, sendo no entanto as regras da propriedade horizontal, provisoriamente, ineficazes, até à alienação da primeira fração, restando assim, para a administração da totalidade do edifício, e porque a compropriedade consigo próprio é um absurdo, as regras da propriedade.

Quanto à forma que devia revestir o negócio jurídico, título constitutivo da propriedade horizontal, era, na anterior legislação, necessariamente, a escritura pública, por força do artigo 80.º, n.º 1 do Código do Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, que estabelecia que “...celebram-se, em geral, por escritura pública, os atos que importem reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre coisas imóveis...”.

Com a publicação do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, foi revogado o n.º1 desse artigo 80.º, e foi estabelecido, no artigo 22.º daquele Decreto-Lei, sob a epígrafe “Forma dos atos”, que “...sem prejuízo do disposto em lei especial, só são válidos se forem celebrados por escritura pública ou documento particular autenticado os... ..atos... ..que importem reconhecimento, constituição, aquisição,

²⁵⁰ Cf. Capítulo II, 2.3.

modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre coisas imóveis...”.

Seria pertinente avaliar se, uma vez que a propriedade horizontal não vem prevista nesta enumeração, aparentemente taxativa, se poderíamos ou não considerar que a sua constituição escaparia à regulação desta norma isentando-a da forma prevista.

Em nosso entendimento, quer pelo facto de constituir a propriedade horizontal ser uma forma de inevitavelmente modificar a propriedade original sobre a totalidade do prédio²⁵¹, quer por, e não repetindo aqui o já referido a propósito da natureza jurídica deste instituto²⁵², pelo facto de esta, estruturalmente, estar inserida no Código Civil, como Capítulo VI, do título II, relativo à propriedade, faz com que a mesma, sistematicamente, esteja regulada, no geral, por tudo o que regula a propriedade, onde se inclui então, necessariamente, este requisito formal do negócio constitutivo, exigindo-se assim escritura pública ou documento particular autenticado para a sua constituição.

Torna-se, então, inultrapassável que, em face da presente legislação, a propriedade horizontal, por negócio jurídico, tanto pode ser constituída por escritura pública como por documento particular autenticado, não deixando, em nosso entendimento, margem para outra qualquer formalidade tendente à sua constituição, salvo a que veremos em seguida.

O Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de Julho, que estabelece o procedimento especial de transmissão, oneração e registo imediato de imóveis, procedimento esse da competência do serviço de registo predial da área da situação do prédio²⁵³, que, por força da conjugação do artigo 2.º, 1, e) do referido diploma, com o artigo 1.º da Portaria n.º 1167/2010, de 10 de Novembro²⁵⁴, permite assim, nestas condições, também a constituição da propriedade horizontal por documento particular.

²⁵¹ No mesmo sentido, LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 408, onde referem que “...*embora não revista natureza de ato de disposição, o negócio de constituição da propriedade horizontal opera, no entanto, a modificação do estatuto real a que o imóvel se encontrava sujeito, extinguindo o direito de propriedade normal e constituindo, em sua substituição, um direito real novo...*”.

²⁵² Cf. Capítulo I, 2.4.

²⁵³ Cf. artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de Julho.

²⁵⁴ Estabelece esta norma que “...*o procedimento especial de transmissão, oneração e registo imediato de prédios em atendimento presencial único é também aplicável à constituição da propriedade horizontal, à modificação do título constitutivo da propriedade horizontal, ao mútuo e demais contratos de crédito e de financiamento, com hipoteca, com ou sem fiança...*”.

Para além do anteriormente referido, e no mesmo sentido, se dúvidas houvesse quanto a esse entendimento, atento ao previsto no n.º 1 do atual artigo 1419.^{o255}, e atentos ao conceito de interpretação enunciativa que determina que a lei que proíbe o menos proíbe o mais, se é proibida a modificação da propriedade horizontal de forma que não a escritura pública, documento particular autenticado, ou documento particular nos termos do Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de Julho²⁵⁶, por maioria de razão, proibida está, também, a sua constituição, que mais não é do que uma modificação tão absoluta que não se limita a transformar uma existência numa existência diferente, mas sim uma não existência numa existência, necessariamente diferente também.

No entanto, também já houve quem entendesse que a escritura pública não era necessária, tal como Armando Guerra²⁵⁷ e Jacinto Duarte²⁵⁸, considerando mesmo, o último, que “...o negócio jurídico constitutivo da propriedade horizontal, não carece de ser reduzido a escritura, mas apenas feito por documento autentico – instrumento notarial avulso... ...em geral a existência de escritura pública consta do artigo 89.º do Código do Notariado [que entretanto foi, como vimos, artigo 80.º e atualmente já revogado e substituído pelo artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho] não cabendo em qualquer das suas alíneas, o caso do negócio jurídico constitutivo da propriedade horizontal... ...não lhe sendo aplicável o disposto no artigo 1419.º... ...que é uma disposição excecional e, portanto, insuscetível de aplicação analógica”²⁵⁹, tendo sido, no entanto, ambas as posições sustentadamente rebatidas por Rui Vieira Miller²⁶⁰, e a segunda, anteriormente, por nós.

Em conclusão, pode, então, a propriedade horizontal ser constituída, quando por negócio jurídico, por escritura pública, documento particular autenticado ou

²⁵⁵ Estabelece o n.º 1 do artigo 1419.º “...sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 1422.º-A e do disposto em lei especial, o título constitutivo da propriedade horizontal pode ser modificado por escritura pública ou por documento particular autenticado, havendo acordo de todos os condóminos...”.

²⁵⁶ Cf. artigo 1.º da Portaria n.º 1167/2010, de 10 de Novembro.

²⁵⁷ GUERRA, ARMANDO, «Considerações acerca do título constitutivo da propriedade horizontal», in *Revista do Notariado, Registo Predial e Crítica Jurídica*, ano 39, pág. 71 a 73.

²⁵⁸ DUARTE, JACINTO, *Propriedade Horizontal, Teoria e Prática*, Gonçalves & Cardoso, Faro, 1990

²⁵⁹ DUARTE, JACINTO, *ob. cit.*, pág. 31., não podendo, no entanto, deixar de lembrar que esta publicação é anterior ao do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, que veio, praticamente, equiparar o documento particular autenticado, na generalidade das situações, à escritura pública.

²⁶⁰ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 104, ss.

documento particular nos termos do Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de Julho, sendo nulas quaisquer outras formas de constituição²⁶¹.

2.2. Usucapião

A constituição da propriedade horizontal e a constituição do direito de propriedade sobre uma fração de um prédio já constituído em propriedade horizontal por funcionamento do instituto da usucapião levanta, desde logo, um leque de problemas que não se descortinam numa primeira análise²⁶².

A possibilidade de constituição da propriedade horizontal por usucapião não estava prevista antes da entrada em vigor do atual Código Civil, estando apenas previsto, como títulos constitutivos, no artigo 2.º do Decreto-Lei 4033, de 14 de Outubro de 1955, o negócio jurídico, incluindo a partilha extrajudicial, a decisão judicial proferida em ação de divisão de coisa comum ou por efeito de partilha judicial e a decisão administrativa, mas já aí, como nos ensina Pires de Lima e Antunes Varela²⁶³, nenhuma razão havia, “...*de facto, para que a antiga prescrição aquisitiva ou positiva não possa conduzir ao domínio sobre as frações autónomas em que o prédio possa ser dividido pelos utentes...*”²⁶⁴. Atualmente é, expressamente, uma das formas de constituição da propriedade horizontal prevista no artigo 1417.º, n.º 1.

Quando nos referimos à propriedade horizontal, temos que analisar o instituto de dois ângulos diferentes. Se estivermos na presença de uma propriedade horizontal já constituída, de qualquer uma das formas que a lei a admita, e se um indivíduo, não titular de nenhum direito de propriedade, relevante para a situação, começar a agir com posse sobre qualquer das correspondentes frações, decorrendo os respetivos prazos, tornar-se-á, originariamente, proprietário da fração em causa, e,

²⁶¹ Cf. artigo 220.º.

²⁶² Usucapião verifica-se, quando, durante um determinado lapso de tempo, lapso esse, cuja duração varia consoante os caracteres ou características da posse, alguém atua de uma forma correspondente ao exercício de determinado direito real e produz os seus efeitos constituindo, na esfera jurídica desse sujeito, originariamente, o direito correspondente a essa atuação.

²⁶³ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 402.

²⁶⁴ Por destinação do prédio, prevista no respetivo projeto, à venda de frações autónomas, a pronto pagamento ou a prestações, designadamente em regime de casas económicas. Cf. artigo 2.º, n.º 3 do Decreto-Lei 40333, de 14 de Outubro de 1955.

consequentemente, comproprietário das partes comuns do edifício na exata medida do direito existente na esfera jurídica do anterior condômino.

Por outro lado, se estivermos perante uma situação de um prédio, não constituído em propriedade horizontal, mas sim composto por frações autónomas que constituam unidades independentes, distintas e isoladas entre si, com saída própria para parte comum ou para a via pública, requisitos do objeto do instituto que estudamos previsto no artigo 1415.º, que veja uma das suas frações, materialmente independente, mas juridicamente componente da totalidade do prédio como uma só coisa, a ser possuída por um indivíduo, estaremos ou perante a aquisição, por usucapião, da totalidade do prédio, ou perante a constituição de uma propriedade horizontal, tornando-se o nosso sujeito proprietário apenas da fração que vem possuindo, e o anterior proprietário da totalidade do prédio, manterá o seu direito em relação à fração ou frações correspondente à área remanescente.

Concentrando-nos no problema da posse, e esquecendo por momentos a já tão debatida natureza jurídica da propriedade horizontal, sabemos que o direito a adquirir em função da prescrição aquisitiva ora em análise, terá necessariamente de ser o correspondente à posse que tiver existido durante o lapso de tempo necessário ao funcionamento do instituto. Se, de um ponto de vista material, ao lado de situações de difícil análise, e de ténue conclusão, quanto à real extensão do *corpus*, ou melhor, à porção do prédio sobre a qual se estende o domínio material, existem situações de prova facilitada e de evidente posse única de uma fração, e não da totalidade do prédio, como por exemplo se estivermos na presença de uma constituição da propriedade horizontal nula, consequentemente ineficaz, cuja aparência de validade criasse a firme convicção ao sujeito da titularidade do direito em causa, com consequente atuação em conformidade, que não levantariam quaisquer dúvidas quanto aos limites matérias da posse do sujeito.

Tal situação permitiria até, que uma nulidade proveniente da defesa de um interesse público, e como tal estranha a proprietário e possuidor, pudesse ser contornada, casual ou intencionalmente, com o recurso à usucapião.

Uma vez que em situação alguma poderia o legislador pretender que, através deste instituto, se criasse uma direta forma de fraude à lei, não podemos admitir a constituição por usucapião de uma propriedade horizontal, ainda que original, que não pudesse ser constituída por qualquer uma das outras formas que a lei prevê, sendo unicamente aqui original a forma de constituição, em relação às outras três, no que diz

respeito à formação da vontade do original do titular do prédio global, que aqui vê a constituição do direito dar-se independentemente da sua vontade, ou até mesmo contra.

Deve ser refletida a questão da possibilidade da constituição por usucapião se verificar sem a posse sair da esfera jurídica do original proprietário, à semelhança da constituição das servidões prediais por destinação de pai de família.

Se, por exemplo, um indivíduo, proprietário de um prédio, uno e indiviso, arrendar alguma ou algumas das frações a diferentes indivíduos, como se de frações autónomas se tratasse, ficando cada um dos arrendatários com o estatuto de detentor em nome do sujeito original, estaria este a constituir, com o decurso dos prazos da usucapião, uma original propriedade horizontal, em que ele, anterior proprietário global, via agora o seu direito a prescrever, em favor de vários direitos novos, cada um sobre uma diferente fração autónoma, de que curiosamente ele era único e original titular.

Tal situação hipótese é aparentemente estranha, pois, por mais elaborada que seja a consciência jurídica de um indivíduo, é empiricamente intuível que, para que alguém adquira alguma coisa por usucapião, tem que existir mais alguém, outra pessoa, que tem que ver um direito igual, até então seu, prescrever.

Tal empirismo só pode resultar de uma falácia, pois muito embora a maioria das vezes seja isso que realmente aconteça, não é obrigatório que assim seja.

Sendo o instituto da usucapião uma forma de aquisição originária de um direito real, e, conseqüentemente, independente, de qualquer direito anterior, não é, no entanto, necessariamente contrária ou diferente, de uma qualquer aquisição derivada, essa sim, necessariamente dependente dos limites do direito anterior (quer no que diz respeito ao conteúdo, quer no que diz respeito à sua titularidade).

Esta constituição de direito, *ex novo*, é absolutamente independente de qualquer direito anterior que sobre a coisa, objeto do direito, incidisse, e é assim, para esta, indiferente mesmo que o direito do prescrito titular coincida ou não com o direito do adquirente.

Nem de forma diferente se poderia entender, pois se fosse impossível adquirir, por usucapião, algo de que já se era anteriormente titular, estaríamos a amputar uma das mais importantes funções deste instituto jurídico, no que toca à segurança do comércio jurídico, pois, e tendo em conta a histórica dificuldade de prova da titularidade dos direitos reais, tendo sempre presente que o registo predial é uma

novidade historicamente recente, não nos podemos esquecer que serve, a usucapião, na maioria das vezes, para legitimar o direito real do seu verdadeiro titular. Com efeito, este, por inexistência do registo, ou de prova da sua aquisição, sua ou de um seu antecessor, ou até mesmo dificuldade de estabelecimento de um trato sucessivo, não conseguia de outra forma fazer prova da titularidade do direito, permitindo-se assim, e muito bem, também aqui, que através do funcionamento deste instituto, se crie, originariamente, um direito real, à custa da eventual prescrição de um outro em que, efetivamente e na realidade, o titular era o mesmo.

Então, e tendo por assente que o funcionamento do instituto da usucapião pode constituir, originariamente, a titularidade de uma fração autónoma de um prédio cuja propriedade horizontal já se encontrava anteriormente constituída, pode também constituir a propriedade horizontal de uma fração, em demarcação da titularidade do remanescente do prédio, consequentemente dividido em duas frações e com partes comuns, por parte do anterior pleno proprietário, ou pode até constituir a propriedade horizontal de um prédio, mantendo o anterior dono da globalidade deste, como titular, agora, de direitos de propriedade, independentes, sobre as diferentes frações, também elas independentes.

2.3. Decisão administrativa

Como salienta Armindo Borges Ribeiro²⁶⁵, e tendo em atenção a realidade da propriedade horizontal antes da entrada em vigor do nosso Código Civil, a constituição da propriedade horizontal feita no projeto de construção do prédio estava prevista no artigo 2.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 40333, de 14 de Outubro de 1955.

Esta norma estabelecia que o regime de propriedade horizontal, ao lado do negócio jurídico e da decisão judicial, podia ser constituído “...*por destinação do prédio, prevista no respetivo projeto, à venda de frações autónomas, a pronto pagamento ou em prestações, designadamente em regime de casas económicas, nos termos do Decreto-Lei n.º 23052*²⁶⁶, de 23 de Setembro de 1933, e mais legislação

²⁶⁵ MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 55.

²⁶⁶ Estabelecia o artigo 4.º, a), que “...o Ministério das Obras Públicas e Comunicações superintende na construção das casas económicas, competindo-lhe especialmente... ...aprovar os projetos e orçamentos das casas económicas...”.

aplicável, ou casas de renda económica, em conformidade com a Lei n.º 2007²⁶⁷, de 7 de Maio de 1945, e mais legislação em vigor...”.

O autor acrescenta ainda que “...*ai se considerava poder ser constituído o regime em questão por «destinação do prédio, prevista no respetivo projeto, à venda de frações autónomas, a pronto pagamento, ou a prestações (...)*», devendo entender-se que o título constitutivo era, neste caso, *«a decisão administrativa que aprovar o projeto do prédio» ...”.*

Se dúvidas existissem de que se tratasse de uma constituição de propriedade por decisão administrativa, pelo menos no caso de o projeto de construção ser apresentado por um particular na respetiva câmara municipal, essas eram dissipadas pelo texto do n.º 3 do § único do artigo 2.º, do referido Decreto-Lei n.º 40333, de 14 de Outubro de 1955, que estabelecia “...*considera-se, para efeitos legais, título constitutivo da propriedade horizontal, segundo as hipóteses... ...a decisão administrativa que aprovar o projeto do prédio...”.*

Não deixa de ser curioso verificar que, nas duas situações que vinham previstas, com o termo *designadamente*, no referido n.º 3 do artigo 2.º, quer no regime das casas económicas, quer na legislação das rendas económicas, os projetos não eram submetidos às câmaras municipais, mas ao Ministério das Obras Públicas e Comunicações, e sendo considerados sempre projetos de Direito Público. Poderia ter-se assim levantado a pertinente questão de se considerar esta forma de constituição da propriedade horizontal, uma forma exclusivamente pública.

Não levando, o termo *designadamente*, a optar por essa solução, foi na generalidade aceite que, independentemente da natureza pública ou privada do apresentante do projeto, a decisão administrativa era apta para a constituição da propriedade horizontal²⁶⁸.

Tal entendimento chegou mesmo a Macau, território chinês administrado por Portugal até 1999, e enraizou-se tanto, como forma de constituição geral da propriedade horizontal, que, mesmo depois da entrada em vigor do atual código civil

²⁶⁷ Estabelecia a Base VIII, no seu segundo parágrafo, que “...*os respetivos projetos deverão ser submetidos à apreciação do Ministério das Obras Públicas e Comunicações, competindo a este a fiscalização da obra e a vistoria final a que se refere a Base XVIII...”.*

²⁶⁸ No próprio parecer da Câmara Corporativa ao projeto de decreto n.º 508, Atas da Câmara Corporativa, n.º 56, VI Legislatura, de 3 de Setembro de 1955, pág. 599, afirmava-se que “...*perante a redação dos artigos 2.º a 9.º, proposta por esta Câmara, não pode, porém, subsistir qualquer dúvida: na hipótese de prédios construídos para propriedade horizontal, o título constitutivo é a decisão que aprova o projeto, a qual pode ser registada antes de concluída a construção...”.*

– que na sua redação original não previa esta forma de constituição do instituto –, foi a matéria alvo de uma adaptação do regime jurídico da propriedade horizontal para o território de Macau. Assim, o Decreto-Lei 31/85/M, de 13 de Abril²⁶⁹, no preâmbulo do diploma, refere que “...as práticas específicas do tráfego imobiliário de Macau no âmbito da propriedade horizontal aconselham a adaptação do regime jurídico deste instituto no que respeita à sua constituição e registo.... ...neste sentido se orientaram as intenções do Governo a partir da publicação do Decreto-Lei n.º 51/83/M, de 26 de Dezembro, ao detetar que prevaleciam procedimentos regulados pelo Decreto-Lei n.º 40 333, de 14 de Outubro de 1955, que deixaram de ser previstos pelo Código Civil... ...houve então a preocupação de dar segurança a situações que não se aferiam pela lei vigente, eliminando a possibilidade da sua invalidação e garantindo o acolhimento no registo predial, com o valor de título de constituição da propriedade horizontal, do documento emitido pela Direção dos Serviços de Obras Públicas e Transportes destinado a comprovar a autonomia das frações...”. Estabeleceu ainda, no artigo 1.º, que “...além dos modos previstos no artigo 1417.º do Código Civil, o regime da propriedade horizontal pode ser constituído por destinação do prédio à venda em frações autónomas prevista no respetivo projeto de construção...” adiantando “...considera-se constituída a propriedade horizontal com a aprovação do projeto instruído nos termos do artigo 2.º...”.

Mais tarde, em 1996, e ainda no âmbito da mesma legislação nacional e ainda sob administração portuguesa do território, a Assembleia Legislativa de Macau, produziu a Lei n.º 25/96/M – Regime Jurídico da propriedade horizontal²⁷⁰ – que, no que dizia respeito à constituição da propriedade horizontal, estabelecia no n.º 3 do seu artigo 4.º, que “...independentemente do disposto no n.º1, a propriedade horizontal pode ser constituída por destinação do prédio à construção em frações autónomas, valendo como título constitutivo a memória descritiva das frações autónomas que acompanha o projeto de construção, logo que este esteja aprovado...”, ficando assim claro que, no território de Macau, e mesmo depois de entrar em vigor o atual Código Civil, era possível a constituição da propriedade horizontal por decisão administrativa, quer por iniciativa pública, quer por iniciativa particular.

Claro fica ainda que, por maioria de razão, se mesmo depois da entrada em vigor do novo Código Civil, se manteve como sendo este o entendimento, já antes o

²⁶⁹ Cf. <http://bo.io.gov.mo/bo/i/85/15/declei31.asp>

²⁷⁰ Cf. <http://bo.io.gov.mo/bo/i/96/37/lei25.asp>.

seria, e se poderia recorrer à decisão administrativa de aprovação do projeto de construção, como título suficiente para a constituição deste instituto.

Se nessa altura, anterior à entrada em vigor do novo Código Civil, a possibilidade de constituir a propriedade horizontal por ato administrativo era uma realidade, o mesmo deixou de acontecer, formalmente, com o novo Código Civil, na redação original, pois o artigo 1417.º não contemplava essa hipótese, retirando assim, à decisão administrativa de aprovação do processo de construção, o efeito de constituição da propriedade horizontal, podendo assim, exclusivamente, constituir-se por negócio jurídico, usucapião e decisão judicial.

No entanto, no período que mediou a entrada em vigor do nosso Código Civil e a alteração ao artigo 1417.º, operada pela Lei 6/2006, de 27 de Junho, foram publicados três distintos diplomas que permitiam, fora do âmbito desse artigo, a constituição da propriedade horizontal por decisão administrativa.

Assim, estabelece o Decreto-Lei n.º 419/77, de 4 de Outubro, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 25/78, de 7 de Junho, no n.º 1 do seu artigo 1.º, que “*as casas em regime de renda económica propriedade da Caixa Nacional de Pensões podem ser alienadas... ..se a venda... ..[for]... ..autorizada pelo Ministério dos Assuntos Sociais... ..[e]... ..proceder-se à constituição da propriedade horizontal, caso os edifícios não sejam moradias, mediante declaração da Caixa Nacional de Pensões autenticada com o selo branco da instituição...*”. Ao mesmo tempo, o n.º 2 do mesmo artigo estabelece que “*...o registo da constituição da propriedade horizontal efetuar-se-á oficiosamente em face da declaração referida no número anterior, obtido da câmara municipal respetiva o documento exigido no n.º 3 do artigo 110.º do Código do Registo Predial...*”, o que estabelece um regime de constituição, por decisão administrativa, da propriedade horizontal.

De igual forma, o Decreto-Lei n.º 141/88, de 22 de Abril, respeitante à alienação de fogos de habitação social que sejam propriedade do Instituto de Gestão e Alienação do Património Habitacional do Estado (IGAPHE) e do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (IGFSS)²⁷¹, estabelece no seu artigo 15.º que (n.º 1) “*...a alienação de fogos que não sejam moradias unifamiliares será precedida da respetiva constituição em propriedade horizontal...*”, (n.º 2) “*...a constituição... ..faz-se mediante declaração de entidade proprietária de que estão verificados os*

²⁷¹ Cf. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 141/88, de 22 de Abril.

respetivos requisitos legais...” e (n.º 3) “...a declaração referida no n.º anterior constitui título bastante para os respetivos registos...”, o que se traduz mais uma modalidade de constituição deste instituto jurídico por decisão administrativa.

Ao mesmo tempo, e respeitando a casas de famílias pobres²⁷² construídas pelos municípios ao abrigo do Decreto-Lei n.º 34486, de 6 de Abril de 1945²⁷³, e as atribuídas nos termos do Decreto n.º 35106, de 6 de Novembro, também de 1945²⁷⁴, estabelece o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 310/88, de 5 de Setembro, que (n.º 1) “...proceder-se-á à constituição da propriedade horizontal, caso os edifícios não sejam moradias, mediante declaração da câmara municipal autenticada com o respetivo selo branco...” e (n.º 2) “...o registo... ...dispensa a apresentação de qualquer outro documento, efetuando-se oficiosamente em face da declaração referida no número anterior, a qual deve atestar que as frações autónomas satisfazem os requisitos exigidos pelo artigo 1415.º do Código Civil...”, o que também é, por si, uma forma de constituição da propriedade horizontal por decisão administrativa.

No entendimento de Pires de Lima e Antunes Varela²⁷⁵, e na redação do artigo 1417.º anterior ao Decreto-Lei n.º 6/2006, “...a constituição da propriedade horizontal, no caso típico a que essa disposição legal se referia, cabe no âmbito do negócio jurídico...”, parecendo esquecer estas três formas de constituição deste instituto criadas na vigência dessa redação, e só pensando na situação típica da iniciativa do particular.

Aqui, não podemos acompanhar esta posição, pois a nosso ver, não obstante ter passado a ser o negócio jurídico que veio substituir, no artigo 1417.º, as situações em que, anteriormente, a constituição era feita por decisão administrativa a requerimento do particular, as outras situações, de origem exclusivamente pública, não foram inseridas em lado algum, tendo, simplesmente, deixado de existir.

Apesar disso, não nos repugna a ideia de, no âmbito do Decreto-Lei n.º 40 333, de 14 de Outubro de 1955 – e quando era suficiente, para a constituição da propriedade horizontal, a aprovação do projeto de construção – considerar que a constituição por decisão administrativa se tratava de uma espécie do género de

²⁷² Cf. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 310/88, de 5 de Setembro.

²⁷³ Este diploma incumbia o Governo de promover, num prazo de cinco anos, por intermédio dos corpos administrativos e Misericórdias, a construção de 5000 casas destinadas ao alojamento de famílias pobres nos centros populacionais do continente e das ilhas adjacentes (cf. artigo 1.º).

²⁷⁴ Este diploma apenas regulamentava, em certos aspetos, o Decreto-Lei n.º 34486, de 6 de Abril de 1945.

²⁷⁵ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 402-403.

negócio jurídico unilateral, pois do que se tratava, na realidade, era de uma decisão administrativa em consequência de um requerimento do interessado em construir o edifício e, sequentemente, em constituir o condomínio.

Com a entrada em vigor da Lei 6/2006, de 27 de Junho, o texto do artigo 1417.º passou a consagrar, expressamente, a decisão administrativa como forma, para além das outras anteriormente existentes, de constituição da propriedade horizontal.

A primeira questão que se coloca é se o legislador pretendeu criar uma forma de as entidades públicas, a respeito do seu próprio património, praticarem um ato capaz de, só por si, constituir a propriedade horizontal²⁷⁶, ou se, de uma forma abrangente, pretendia ressuscitar o regime do Decreto-Lei n.º 40333, atribuindo ao licenciamento de construção efeitos constitutivos da propriedade horizontal.

Na opinião de Abílio Neto²⁷⁷, a redação atual do artigo 1417.º “...permite expressamente a constituição da propriedade horizontal mediante decisão administrativa, previsão essa que abarca apenas situações como as acima apontadas, agora com uma formulação genérica, mas que não significa, nem pode significar, que a decisão administrativa que aprova, por ex., o projeto do prédio, apesar de destinado à venda por andares, seja, ela própria, constitutiva da propriedade horizontal: o que a Câmara certifica é tão-somente que o projetado reúne as condições indispensáveis para ser submetido ao indicado regime, e nada mais do que isso...”.

Não acompanhamos, na totalidade, a opinião de Abílio Neto, no que diz respeito à alteração da redação ao artigo 1417.º, pois, se por um lado, esta foi singular e não foi acompanhada da respetiva regulamentação, o que limita a sua aplicação apenas às situações anteriormente previstas, por outro lado, foi uma alteração legislativa que, na senda da demais legislação que, durante a primeira década do Séc. XXI²⁷⁸, foram retirando exclusividade de competências aos notários, abrindo portas, sem qualquer seguimento até agora, para poder, futura e eventualmente, conferir às câmaras municipais, com o benefício das respetivas taxas, as competências globais de constituição deste instituto de direito privado.

²⁷⁶ O que aconteceria, para além das situações acima descritas, por exemplo, se uma câmara municipal pretendesse dividir um prédio único, de habitação social, em frações para as poder vender aos seus inquilinos.

²⁷⁷ NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 49.

²⁷⁸ Disso são exemplos, entre outros, e como atrás vimos, o Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, o Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de Julho e a Portaria n.º 1167/2010, de 10 de Novembro.

2.4. Decisão judicial

O artigo n.º 1417.º estabelece a possibilidade de constituição da propriedade horizontal, ao lado das outras formas, por decisão judicial, acrescentando que a mesma pode ser proferida em ação de divisão de coisa comum ou processo de inventário. O n.º 2 do mesmo artigo acrescenta que “...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 artigo 1415.º...”.

A primeira questão que nos é suscitada é se esta enumeração, dos dois tipos de ações que podem permitir a constituição deste instituto, tem caráter taxativo ou se tem caráter exemplificativo²⁷⁹.

Pelo menos no que diz respeito à constituição por usucapião, anteriormente abordada, e uma vez que a prescrição aquisitiva produz os seus efeitos por via de ação, não obstante a doutrina não ser, quanto a isto, unânime²⁸⁰, temos que, quanto a este tipo de ação judicial, admitir que também aqui a decisão é apta à constituição da propriedade horizontal²⁸¹.

Pires de Lima e Antunes Varela trazem mais uma hipótese de constituição por decisão judicial, afirmando que “...embora o artigo 1417.º o não diga, a propriedade horizontal poderá constituir-se igualmente por sentença, sempre que haja incumprimento de um contrato promessa de compra e venda de uma ou mais frações autónomas e seja possível, nos termos do artigo 830.º, a execução específica...”²⁸².

²⁷⁹ No parecer da Câmara Corporativa ao projeto de decreto n.º 508, “Atas da Câmara Corporativa, n.º 56, VI Legislatura, de 3 de Setembro de 1955”, pág. 597-598, foi dito que “...a fórmula do projeto é, por um lado, muito vaga, porquanto não parece aconselhável admitir-se a constituição judicial da propriedade horizontal fora das hipóteses da divisão de coisa comum ou de partilhas judiciais... não seria de considerar aqui, por exemplo, as ações destinadas a obter a entrega de um andar adquirido ou a condenar o proprietário, que prometeu vendê-lo, no cumprimento da promessa ou no pagamento da respetiva indemnização, porque estas não seriam ações constitutivas... menos admissível ainda seria a divisão horizontal por efeitos de expropriação ou de penhora...”.

²⁸⁰ Em sentido oposto, PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 195, referem que “...a usucapião, neste caso, funciona como origem de futura constituição de propriedade horizontal... a usucapião, por si, não transforma o regime do prédio sobre que recai... é uma forma de aquisição... e tal como a venda, ou a deixa em testamento, de um prédio a vários, não altera o regime desse prédio; pode, sim, dar lugar à sua alteração, mas tal como podia ser comprado ou herdado por um só...”. Nesta posição, contrária ao sentido positivo da lei, ter-se-ia que desconsiderar a previsão, no artigo 1417, dos efeitos constitutivos da própria usucapião.

²⁸¹ No mesmo sentido, LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 403-404; e MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 90.

²⁸² LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 403; No mesmo sentido, ARAÚJO, ANTÓNIO MAGRO BORGES DE, *ob. cit.*, 1968, pág. 88-89.

Neste particular, não podemos seguir, sem reparo, a opinião destes autores. Como atrás vimos²⁸³, no nosso entendimento, a propriedade horizontal não se constitui com a venda da primeira fração, mas sim com o negócio jurídico de outorga do título constitutivo²⁸⁴.

Assim, com a existência de um contrato promessa, poderemos estar na presença de uma de três situações: ou no contrato promessa se promete vender uma fração de um prédio já constituído em propriedade horizontal, mas no qual todas as frações pertencem, ainda, ao mesmo titular; ou no contrato promessa se promete vender uma fração de um prédio ainda não constituído em propriedade horizontal; ou ainda, no contrato promessa se promete constituir a propriedade horizontal e vender uma determinada fração resultante dessa divisão.

No caso de no contrato promessa se prometer vender uma fração de um prédio já constituído em propriedade horizontal, mas no qual todas as fração pertencem, ainda, ao mesmo titular, não podemos aceitar que a execução específica, do mesmo, seja responsável pela constituição da propriedade horizontal, permitindo esta que, ao mesmo tempo que se substitui ao promitente faltoso na emissão da declaração negocial a que este está obrigado, seja transmitida a propriedade da fração e seja, conseqüente e imediatamente, levantada a suspensão dos efeitos do instituto, uma vez que a mesma, suspensão, só operava em virtude de ser o mesmo, o proprietário, de todas as frações em que o prédio se dividia.

Assim, não é a execução específica desse contrato promessa que constitui a propriedade horizontal, mas sim, a montante, o ato que outorgou, ainda na esfera jurídica do proprietário original, o título constitutivo.

No caso de no contrato promessa se prometer vender uma fração de um prédio ainda não constituído em propriedade horizontal, estaremos, do ponto de vista jurídico, perante a venda de coisa absolutamente futura.

Esta situação obrigaria assim a que, a sentença, produzisse efeitos de duas naturezas diferentes, em primeiro lugar, efeitos constitutivos da propriedade horizontal, e em segundo lugar, efeitos translativos, pela transferência da propriedade de uma das frações para a esfera jurídica do promitente-comprador.

²⁸³ Cf. Capítulo II, 2.1.

²⁸⁴ A questão poder-se-ia levantar, no entanto, caso se admitisse que a licença de construção, como ato administrativo, seria, genericamente, uma forma de constituição da propriedade horizontal por decisão administrativa. Como atrás vimos, não seguimos esta posição.

Na defesa desta posição, para além de Pires de Lima e Antunes varela, como atrás vimos, também se posiciona Borges de Araújo²⁸⁵, que aceita que a sentença da ação específica do contrato promessa possa também, ela própria, constituir a propriedade horizontal, ressalvando, no entanto que, para que isso aconteça, é necessário que do contrato promessa constem todos os elementos necessários e legalmente exigíveis para a constituição da propriedade horizontal. Foi ainda mais longe, Henrique Mesquita, que, partindo da posição de Borges Araújo, defende que a existência desses elementos no contrato promessa não é absolutamente essencial, pelo menos no que diz respeito ao valor de cada fração, por o mesmo poder ser alcançado por recurso a arbitramento²⁸⁶.

Não cremos, no entanto, que neste caso estejamos perante uma situação de constituição da propriedade horizontal por decisão judicial. Mantendo que consideramos estar perante uma obrigação de venda de coisa futura, e atentos ao conteúdo do n.º 1 do artigo 880.^{o287}, consideramos que uma das diligências a que o vendedor está obrigado para possibilitar o cumprimento do contrato promessa de compra e venda do bem futuro traduzido em fração, será a constituição da propriedade horizontal, o que pode, e deve fazer, como atrás vimos, por negócio unilateral.

O Tribunal pode mesmo condenar o promitente vendedor a celebrar a escritura de constituição da propriedade horizontal²⁸⁸, e pode coagi-lo ao cumprimento da decisão²⁸⁹, mas não pode substituir-se a ele, produzindo uma sentença que, parcialmente, produza os efeitos dessa declaração, pois isso não está ao abrigo do contrato-promessa e, como tal, não está abrangido pela execução específica do mesmo.

No mesmo sentido, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça que “...o tribunal só poderá substituir-se ao devedor faltoso, se ele próprio pudesse realizar o contrato, nomeadamente, por exemplo, tivesse legitimidade para ele... ...[o que não acontece,]... ...no caso, de alguém prometer vender uma fração de um prédio e ainda

²⁸⁵ Cf. ARAÚJO, ANTÓNIO MAGRO BORGES DE, *ob. cit.*, 1968, pág. 88-89.

²⁸⁶ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 90.

²⁸⁷ Estabelece o artigo 880.º, que “...na venda de bens futuros... ...o vendedor fica obrigado a exercer as diligências necessárias para que o comprador adquira os bens vendidos, segundo o que for estipulado ou resultar das circunstâncias do contrato...”.

²⁸⁸ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Abril de 1999, n.º convencional JSTJ00036721.

²⁸⁹ Por exemplo, através de uma sanção acessória compulsória.

não estar constituída a propriedade horizontal ou essa fração não possuir autonomia das demais ou acesso a parte comum ou à via pública....”²⁹⁰.

Perante isto, a lógica leva-nos a concluir que, neste caso, não obstante o tribunal poder condenar o promitente vendedor a outorgar a escritura de constituição da propriedade horizontal, a decisão de a sentença se substituir à declaração da parte, no negócio de compra e venda, fica suspensa até que o incumpridor, nisso, dê cumprimento àquela condenação, não se podendo considerar, aqui, que a sentença, só por si, seja forma de constituição da propriedade horizontal.

Por último, no caso de no contrato-promessa se prometer constituir a propriedade horizontal e vender uma determinada fração resultante dessa divisão, a nossa posição já tem que ser substancialmente diferente.

Nesta situação temos um contrato-promessa duplo e misto, unilateral-bilateral²⁹¹, em que o promitente-vendedor se compromete, unilateralmente, a constituir a propriedade horizontal e, bilateralmente, a vender uma das frações ao promitente-comprador, e este, sinalagmaticamente, compromete-se a comprar essa mesma fração de um prédio já constituído em propriedade horizontal.

Estabelecendo o n.º 1 do artigo 830.º que “...se alguém estiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza das obrigações assumidas...”. Perante isso, parece-nos claro que a emissão de declaração negocial apta a constituir a propriedade horizontal, por parte do proprietário do prédio, e desde que o mesmo reúna os requisitos materiais do artigo 1415.º, pode ser substituída por sentença, pois a isso nada se opõe na natureza da promessa unilateral de constituição da propriedade horizontal.

Assim, aqui, e ao contrário da situação anterior, parece-nos claro que a sentença de execução específica é forma de constituição da propriedade horizontal, explicando-se a diferença para a situação anterior em virtude de, aí, a constituição deste instituto jurídico ser instrumental em relação ao cumprimento do contrato

²⁹⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Fevereiro de 1997, n.º convencional JSTJ00031651.

²⁹¹ Cf. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral, Vol. I* (9ª edição), Almedina, Coimbra, 1996, pág. 316, onde classifica o contrato promessa bilateral como aquele em que “...ambos os contraentes se comprometem a celebrar futuramente o contrato...” e contrato promessa unilateral aquele em que “...só um dos contraentes está disposto a vincular-se, e ao outro interessa, compreensivelmente, o estabelecimento desse vínculo...”.

prometido, enquanto, aqui, essa constituição é objeto da promessa sujeita a execução específica.

Perante isto, claro se torna que a enumeração das duas situações previstas, de constituição da propriedade horizontal, no n.º 1 do artigo 1417.º, é apenas exemplificativa, não sendo, de modo algum, taxativa.

De igual forma, e estando aqui expressamente previsto na lei, pode também a propriedade horizontal ser constituída em processo de divisão de coisa comum²⁹², a requerimento de qualquer dos comproprietários²⁹³ de um prédio, desde que, no prédio em causa, se verifiquem os requisitos do objeto previstos no artigo 1415º. (Cf. artigo 1417º, n.º 2.).

Assim, se se tratar de uma ação de divisão de coisa comum, essa ação corre os seus termos segundo o preceituado nos artigos 925.º e seguintes do Código de Processo Civil, e, tratando-se de processo de inventário, nos termos do Regime Jurídico do Processo de Inventário, aprovado pela Lei n.º 23/2013, de 5 de Março.

Por último, cabe ainda a análise da situação que decorre, nos termos do artigo 1526.º, em virtude de não haver acordo das partes no que diz respeito aos termos do título constitutivo. O artigo 1526.º estabelece que “...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.º...”.

Este artigo, que prevê a possibilidade de construção sobre edifício já construído, não cria, no entanto, uma fórmula para proceder à constituição, ou alteração, do título constitutivo, consoante se trate de construção sobre edifício uno ou sobre edifício já constituído em propriedade horizontal, sendo a existência dessa

²⁹² Tendo no entanto que ser requerida, nessa ação, a constituição da propriedade horizontal, não a criando, assim, o tribunal, oficiosamente. Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de Outubro de 1993, n.º convencional JTRP00010809.

²⁹³ Tal como nos é dito por MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 100-101, “...o texto do Código, pelo n.º 2 do art. 1417.º, que não tinha correspondência na lei anterior, cortou cerce qualquer objeção ao direito de um só comproprietário requerer, desde que o edifício satisfaça aos requisitos legalmente exigidos, a constituição, por essa forma, da propriedade horizontal, pois o facultou expressamente...”, e isto porque “...havia quem contestasse esse direito, essencialmente com o fundamento de que, sendo a ação de divisão de coisa comum o meio de pôr fim à compropriedade, em lugar disso se facultaria por esse modo a um só comproprietário a possibilidade de impor aos outros uma nova forma de compropriedade que, ao contrário do que sucedia com a antiga, eles não poderiam fazer cessar...”. Esta questão, para nós, nunca se colocaria, pois, tal como fizemos referência quando da análise da natureza jurídica, não consideramos a propriedade horizontal como uma forma de compropriedade.

fórmula, essencial para a constituição desta figura jurídica, pelo menos no que toca ao valor relativo de cada fração.

Poder-se-á, então, colocar uma de duas situações, dependendo do estatuto do direito de superfície que permite a construção nos termos deste artigo. Ou o estatuto do direito de superfície estabelece os termos do título constitutivo a criar, ou é, quanto a isso, absolutamente omissivo.

Analisando assim o próprio direito de superfície, verificamos que, nos termos do artigo 1528.º, “...o direito de superfície pode ser constituído por contrato, testamento ou usucapião, e pode resultar da alienação de obra ou árvores já existentes, separadamente da propriedade do solo...”.

No caso específico do direito de superfície sobre edifício já construído, estão, desde logo, excluídas a usucapião e a alienação de obra já existente separadamente da propriedade do solo. A primeira por a superfície ser admissível na modalidade de manter obra ou plantação sobre terreno alheio, mas não na modalidade de construir obra ou plantação, pois esta construção, a acontecer sem ter por base a outra modalidade deste direito real de superfície, permite é a eventual aquisição de direitos em sede de acessão industrial imobiliária²⁹⁴. A segunda, alienação de obra já existente separadamente da propriedade do solo, em virtude do direito ora em estudo não recair sobre objeto apostado em solo, mas sim em objeto apostado noutro edifício.

Assim, restam-nos como forma de constituição deste direito de superfície o contrato e o testamento, realmente duas formas emergentes de negócio jurídico, no qual a vontade do original proprietário é absolutamente determinante.

Tendo isto em conta, para constituição da propriedade horizontal, e após a construção do edifício, admitindo que o proprietário do edifício original e o construtor não estejam de acordo no que diz respeito aos termos do título constitutivo, pois se estiverem, a constituição da propriedade horizontal é feita através de negócio jurídico²⁹⁵, resta a qualquer um deles promover, por si próprio, a constituição da propriedade horizontal.

Na primeira situação, se o estatuto do direito de superfície estabelecer os termos do título constitutivo a criar, ou se se tratar de construção sobre edifício já constituído em condomínio, e cujo título já preveja a alteração, não teremos qualquer

²⁹⁴ Cf. artigo 1339.º e seguintes.

²⁹⁵ Cf. Capítulo II, 2.1.

necessidade de recurso a ação judicial para promover a constituição da propriedade horizontal²⁹⁶.

Na segunda situação, caso tenha que ser um deles a promover, unilateralmente, a ação judicial tendente à criação de um título constitutivo, parece-nos claro que a solução é recorrer à ação de divisão de coisa comum, tal como anteriormente a vimos.

Efetivamente, antes da constituição da propriedade horizontal, o que temos é uma obra aposta num edifício alheio, e que nele se incorpora tornando-o num só. Ao mesmo tempo, está excluída às regras da acessão, pois o construtor não está a construir sobre terreno alheio²⁹⁷, mas sim sobre prédio próprio – próprio para efeitos de construção –, em virtude do direito de superfície. Assim, até à constituição da propriedade horizontal, não nos parece que sobre a totalidade do edifício, alterado pela construção legítima, recaia direito que não seja o de compropriedade entre fundiário e construtor, o que leva, inevitavelmente, a uma divisão de coisa comum.

Aparentando um entendimento paralelo, Pires de Lima e Antunes Varela²⁹⁸ referem-nos que “...o valor relativo de cada fração, se os interessados o não fixarem por acordo, deverá ser determinado através de arbitramento...”. Ora, o arbitramento, antes do processo de divisão de coisa comum, que foi introduzido nos artigos 1052.º e seguintes do Código de Processo Civil (atualmente 925.º e seguintes²⁹⁹) pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, era, precisamente, a ação prevista, na lei processual, apta para proceder à divisão de coisa comum³⁰⁰, o que nos torna claro que sempre que seja, em sede de constituição de propriedade horizontal, impossível, por acordo entre os interessados, fixar o valor proporcional de cada fração, será apta a decisão de ação de divisão de coisa comum.

Em conclusão, não considerando que a enumeração das formas de constituição da propriedade horizontal por decisão judicial, prevista no artigo 1417.º, n.º1, tenha carácter taxativo, aceitamos que se possa constituir em ação de divisão de coisa

²⁹⁶ Cf. Capítulo II, 2.1.

²⁹⁷ Cf. artigo 1340.º.

²⁹⁸ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 403, nota 3;

²⁹⁹ Pela redação da 41/2013, de 26 de Junho.

³⁰⁰ Estabelecia o n.º 1 do artigo 1052º do Código de Processo Civil, no âmbito do arbitramento, na sua versão original, que “...nas ações de prevenção contra o dano, expropriação por utilidade particular, cessação ou mudança de servidão, tombamento ou demarcação, destrinça de foros e censos, redução de prestações incertas, divisão de águas, divisão de coisa comum e em todas aquelas em que se pretenda a realização de um arbitramento, os interessados são citados para contestar no prazo de dez dias, sob pena de se proceder imediatamente à nomeação de peritos...”.

comum, quer para extinguir uma compropriedade, quer para ultrapassar um impasse causado pela construção sobre edifício baseada no direito de superfície previsto no artigo 1526.º. Também aceitamos que possa ser constituída em processo de inventário, ou ainda, em execução específica de contrato promessa de compra e venda de uma fração, com correspondente promessa unilateral de constituição da propriedade horizontal pelo promitente vendedor.

III – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS CONDÓMINOS QUANTO À FRAÇÃO
AUTÓNOMA

1. DIREITOS DOS CONDÓMINOS QUANTO À FRAÇÃO AUTÓNOMA

1.1. Direito de propriedade sobre a fração autónoma

O artigo 1420.º n.º 1. refere que cada condómino é proprietário exclusivo da fração que lhe pertence. A sua “...*fração não é apenas um cubo de ar em que as paredes são comuns e ele é somente proprietário do conteúdo...*”³⁰¹ mas sim “...*uma unidade habitacional fechada e tapada pelas partes comuns, que lhe pertence para os usos próprios a que um prédio sob este regime se destina e vêm enunciados no título constitutivo...*”³⁰², salientando mesmo Pires de Lima e Antunes Varela que “...*não é só o espaço geométrico... ...que constitui objeto do direito de propriedade... ...tudo o que se contenha nesse espaço e não seja considerado comum... ...pertence ao titular da fração: paredes divisórias que não sejam paredes mestras, revestimentos interiores destas, revestimentos das placas correspondentes ao chão... ...e ao teto de cada fração autónoma, portas interiores, louças, banheiras e outros materiais de quarto de banho, bancas de cozinha, etc...*”³⁰³.

O direito de propriedade constitui o direito real de gozo por excelência e é um direito pleno, definido pela negativa, cujos limites estão balizados pelas restrições legais e convencionais que o mesmo possua, e, também aqui, na propriedade sobre a fração autónoma, o titular do direito tem plena liberdade para dela dispor, sem estar a sua atuação dependente de qualquer aprovação da assembleia de condomínio, não podendo assim esta, pela positiva, impor determinada atuação ao proprietário, podendo no entanto, pela negativa e em determinadas circunstâncias, impor-lhe restrições.

Existem dois tipos de restrições ao direito de propriedade, que são restrições de origem convencional e restrições de origem legal, e será estudadas, mais à frente,

³⁰¹ Como salientaram alguns autores, dos quais se destaca SAVATIER, RENÉ, «La Propriété des Volumes dans L'espace et la Technique des Grands Ensembles Immobiliers», in *Il Foro Italiano*, Vol. 99, Parte Quinta: Monografie e Varietà (1976), 1976, pág. 167/168-175/176, pág. 106). Entre nós, LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, COIMBRA, pág. 416 – referindo que “...*o seu objecto é fundamentalmente constituído... ... por um espaço geométrico, um volume ou um cubo de ar...*”.

³⁰² PINTO, C. A. DA MOTA «Direitos Reais», segundo os alunos Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Livraria Almedina, COIMBRA, 1971, pág. 280.

³⁰³ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 416.

no local próprio³⁰⁴. As primeiras existem por funcionamento do n.º 1 do artigo 1306.º do Código Civil, segunda parte (“...*toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional.*”). Como exemplo, podemos referir o arrendamento ou um comprometimento pessoal de não edificação.

Quanto às restrições de origem legal, estas podem ser de direito público, e como tal estabelecidas no interesse da coletividade, ou de direito privado. Incluem-se nas de direito público a requisição temporária de coisa do domínio privado (artigo 1309.º); a expropriação (artigo 1308.º e Código das Expropriações); o fracionamento ou parcelamento de prédio rústico (artigo 1376.º); e os atravessadouros que se dirijam a ponte ou fonte de manifesta utilidade pública (artigo 1384.º). De direito privado, e como tal visando a proteção das relações de vizinhança, pode-se apontar a emissão de fumos e produção de barulho (artigo 1346.º); as restrições de natureza preventiva destinadas a afastar o perigo de prejuízos para os prédios vizinhos (artigo 1347., n.º 1., 1348., n.º 1., 1350. e 1352., n.º 1. e n.º 2.); o escoamento natural de águas (artigo 1351.º, n.º 1. e n.º 2.); a construção e edificação. (artigo 1360.º ss); a plantação de árvores e arbustos e apanha de frutos (artigo 1366.º ss); a passagem forçada momentânea (artigo 1349.º); e as paredes e muros de meação (artigo 1370.º).

Como veremos, todas estas restrições ao direito de propriedade também se aplicam, sempre que for fisicamente possível, à propriedade plena sobre a fração integrante de propriedade horizontal, só que aqui não estão esgotadas as limitações, restringindo também os poderes do titular do direito em situações como as previstas no artigo 1418.º n.º 2 b), 1422.º, 1425.º, entre outras. Se alguém for proprietário de um prédio uno e, se assim o entender, no seu interior pode ter animais como cães e gatos. Caso o regulamento a que alude a alínea b) do n.º 2 do artigo 1418.º, no sentido de disciplinar a utilização das frações autónomas, proibir a guarda de animais dentro das frações, não poderá no seu interior, o proprietário, guardá-los nos termos e verificadas as condições que veremos mais à frente, constituindo assim a regulamentação do condomínio uma limitação à propriedade das frações na propriedade horizontal, que de forma alguma existe na propriedade plena de um prédio³⁰⁵. Às limitações no âmbito da utilização e/ou modificação das frações constantes, respetivamente, dos supra referidos artigos 1422.º e 1425.º, e específicas da propriedade horizontal e da relação de especial proximidade física entre as

³⁰⁴ Cf. Capítulo III, 2.1.

³⁰⁵ Cf. Capítulo IV, 1.2.

diferentes frações, crescem ainda, sem a mesma especificidade mas com igual natureza e razão de ser, as limitações justificadas pelas razões de vizinhança, constantes da propriedade plena³⁰⁶.

É então claro que o primeiro direito do proprietário de fração autónoma³⁰⁷, é o de propriedade, contudo muito mais limitado, que o direito de propriedade pleno sobre um prédio uno, uma vez que têm as limitações do direito de propriedade, as limitações impostas pela compropriedade e ainda as limitações próprias do instituto da propriedade horizontal³⁰⁸. O funcionamento destas limitações, bem como os direitos que possam acrescentar, serão o objeto dos pontos seguintes do presente capítulo.

1.2. Direito de, em caso de destruição do edifício ou de parte dele que represente três quartos ou mais do seu valor, exigir a venda do prédio e participar na partilha do produto da venda

O artigo 1428º n.º 1 refere que “...no caso de destruição do edifício ou de uma parte que represente, pelo menos, três quartos do seu valor, qualquer dos condóminos tem o direito de exigir a venda do terreno e dos materiais, pela forma que a assembleia vier a designar...”. A questão que se levante na presente situação prende-se com a realidade jurídica que subsiste quando a manutenção da propriedade horizontal se torna materialmente impossível, pois deixam de estar preenchidos, com a destruição do edifício, os requisitos materiais do artigo 1414º, por inexistência do edifício e conseqüente inexistência, quer frações autónomas, quer partes comuns³⁰⁹.

O legislador poderia ter consagrado um regime que não individualizasse o tratamento a dar à propriedade horizontal, nesta particular situação, em relação à

³⁰⁶ GUERRA, ARMANDO, *ob. cit.*, 1964.

³⁰⁷ PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 209

³⁰⁸ DUARTE, RUI PINTO, *ob. cit.*, pág. 105. ss.

³⁰⁹ Não foi para nós imediatamente claro, em ordem sistemática, se este ponto deveria ser tratado no presente capítulo, relativo aos direitos sobre a fração autónoma, se deveria ser tratado no capítulo seguinte, relativo aos direitos inerentes às partes comuns, ou ainda se era merecedor de um capítulo próprio. A opção de o abordar nesta oportunidade prende-se com a própria razão de ser da propriedade horizontal. Como antes vimos, a razão de ser deste direito real centra-se no gozo da propriedade de cada uma das frações autónomas, tendo as partes comuns natureza instrumental em relação a esse gozo individual. Por essa ordem de ideias, quando estamos perante a necessidade de reconstrução de um edifício condominial, estamos a tratar da reconstrução de todas as frações autónomas e, acessória e necessariamente, de todas as partes comuns.

compropriedade, permitindo assim a cada um dos ex-condóminos, atuais comproprietários, o exercício do “direito de exigir a divisão” prevista no artigo 1412.^{o310}. No entanto, porque previu desde logo um sistema diferente, ora em análise, e porque excluiu expressamente o direito de exigir a divisão do regime da propriedade horizontal³¹¹ - art.1423.^o -, que no caso de destruição do edifício deixa de reunir os pressupostos da sua existência, não é de excluir em absoluto a possibilidade de, subsidiariamente, se recorrer á divisão da coisa comum.

Posto isto, centrando-nos na questão da destruição do edifício, por ora considerando só a destruição total, verificamos que a continuidade da existência de propriedade horizontal, sem mais, torna-se impossível, pois o prédio com os requisitos exigidos pelo artigo 1415.^o não existe mais, sendo agora, para todos os efeitos, uma coisa absolutamente futura e, caso a lei nada nos referisse, teríamos uma situação de compropriedade do remanescente (terreno e materiais)³¹². A solução encontrada pelo legislador viu, com a nossa aceitação, o problema por um prisma diferente. Não se pode, sem mais, aplicar a solução da compropriedade para as situações de extinção forçada da propriedade horizontal, uma vez que o que está na génese de cada instituto é um objetivo diferente. Se no caso da compropriedade nos aproximamos mais de uma comunhão do direito de propriedade, sendo o objeto central do direito a totalidade da coisa, na propriedade horizontal, o objeto central é, como anteriormente concluímos, cada uma das frações individualizadas³¹³.

O legislador pretendeu então procurar um mecanismo, uma vez extinta forçadamente a propriedade horizontal, que determinasse aos ex-condóminos decidirem, por regras próprias, entre duas soluções. Ou a solução deste impasse passa pela reconstituição de uma situação de propriedade horizontal, com a inevitável reconstrução do edifício, ou passa por uma situação nova de inexistência de propriedade horizontal. O que aqui está em causa é, necessariamente, uma ponderação que a lei pretende que se faça entre os encargos económicos exigíveis, a cada um dos

³¹⁰ Referimo-nos nesta situação a comproprietários pois se na raiz da propriedade horizontal se encontra dualidade entre plena propriedade das frações autónomas e compropriedade das partes comuns, onde se inclui o solo, com a destruição do edifício, principalmente sendo uma destruição total, implica não só o desaparecimento das frações autónomas, pelo menos enquanto tal, e a remanescência principal do próprio solo, solo esse relativamente ao qual, já antes da destruição do edifício, eram os condóminos comproprietários.

³¹¹ Cf. Capítulo IV, 2.11.

³¹² Note-se que só podem existir direitos reais em face de coisas presentes e nunca sobre coisas futuras, que ainda não existem. Cf. por todos DUARTE, RUI PINTO, *ob. cit.*, pág. 36.

³¹³ Cf. Capítulo I, 2.4.

condóminos, com a reconstrução. Sendo que neste caso o direito que cada um tem de reconstruir, no caso concreto, devido à natureza daquele, implica também a reconstrução, ainda que parcial, do que é dos outros.

Se o que a lei visasse proteger fosse o direito de cada um dos condóminos, visto de uma forma isolada, deveria fazer pender a decisão de reconstrução do edifício para um regime semelhante ao dos “*encargos de conservação e fruição*”, previstos no artigo 1424º, e ao das “*inovações*”, previsto nos artigos 1425º e 1426º, nada restando àqueles que, em minoria, pretendessem a não reconstrução do edifício. Nem sequer teriam, sem mais, o direito de recusa fundada, previsto no n.º 2 do artigo 1426º, pois, tal como resulta do n.º 3 do mesmo artigo³¹⁴, sendo necessária a reconstrução para que o direito original não perdesse o seu valor, estaríamos sempre perante uma benfeitoria necessária, ou, ainda que assim não se entendesse, uma vez que a reconstrução aumentaria, necessariamente, o valor do terreno, pelo menos estaríamos sempre, na presença de uma benfeitoria útil.

O direito de exigir a venda do terreno e dos materiais quando da destruição superior a três quartos, afigura uma natureza de direito potestativo. No entanto, pode o título constitutivo permitir uma maioria diferente ou uma obrigação de reconstrução em qualquer caso, independentemente da fração de prédio destruída³¹⁵. De igual forma, por ter que ser outorgada pela unanimidade dos condóminos, também uma alteração posterior ao título constitutivo, pode estabelecer um regime diverso. Qualquer outra deliberação diferente, ainda que obtida por unanimidade, não pode produzir os mesmos efeitos que a alteração do título, porque, não tendo aquela, ao contrário desta, efeitos reais, não poderia obrigar posteriores condóminos que nela não tivessem acordado³¹⁶.

Para Visco, o direito de exigir a venda do terreno e materiais em caso de destruição superior a três quartos não existia, excepcionalmente, se a responsabilidade pela destruição fosse imputável a alguém em concreto³¹⁷. Entre nós, tal posição foi igualmente defendida por Pires de Lima e Antunes Varela, com a condicionante de esta exceção não se aplicar se o responsável pela destruição do edifício carecer de

³¹⁴ O n.º 3 do artigo 1426.º, estabelece que “...*considera-se sempre fundada a recusa, quando as obras tenham natureza voluptuária ou não sejam proporcionadas à importância do edifício...*”.

³¹⁵ Cf. LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 438.

³¹⁶ No mesmo sentido, PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 238.

³¹⁷ Cf. VISCO, ANTÓNIO, *Le Case in Condominio, Trattato teórico-pratico*» (6ª edição), Giuffrè, Milão, 1964, n.º 360.

meios para a satisfação da indemnização, situação em que a obrigatoriedade de reconstrução não teria fundamento³¹⁸. Em sentido diferente, Abílio Neto, defende a não existência desta exceção devido ao tempo que poderia demorar a correr a ação judicial, não encontrando justificação para arrastar os condóminos, sem poderem alienar o terreno e os materiais, até que terminasse o limbo processual com um trânsito em julgado que poderia levar anos³¹⁹.

Não concordamos com a posição da existência de qualquer exceção ao direito potestativo de qualquer condómino na venda do terreno e materiais indo até mais longe do que Abílio Neto. Para além de tal solução não ter previsão legal, o que só por si já seria motivo suficiente para nos afastarmos dela, ainda que o responsável pela destruição do edifício se apresentasse, voluntariamente, para pagar a reconstrução do mesmo, essa reconstrução demoraria sempre tempo e que não permitiria uma resolução imediata do problema, não se encontrando nenhum motivo que justificasse a imposição de mais delongas. Entendemos que o n.º 1 do artigo 1428.º se aplica ainda que a destruição do edifício seja impotável a pessoa com capacidade para promover a reparação e essa pessoa, por ela seja civilmente responsável. Nessa situação, e se, depois de ser ter procedido à venda dos materiais e do terreno, se o responsável vier a ser condenado à reconstrução do edifício, o valor da reconstrução deverá se apurado e este condenado a entrega-lo aos ex-condóminos na proporção da quota tida, devendo ainda ser deduzido do montante da indemnização, com o fundamento em enriquecimento sem causa, o produto da venda do terreno e dos materiais.

Para calcular o valor de três quartos do edifício a primeira coisa que se torna clara é que, para a sua determinação, o terreno não é contabilizado. A lei é clara, por um lado, a fazer referência a edifício, e, por outro lado, não se admite que a destruição do edifício possa retirar valor ao terreno isoladamente considerado. No cálculo do valor total do edifício, tem sido posição maioritária, a de que o valor em consideração deve ser o constante nas frações no título constitutivo. Tal posição sustenta-se no facto de, a consideração do valor atual do edifício, ou melhor, o valor no momento imediatamente anterior à destruição, poder ser injusta por, por exemplo, uma fração

³¹⁸ Cf. LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 438.

³¹⁹ NETO, ABÍLIO, *Manual da Propriedade Horizontal* (3ª edição), Ediforum, Edições jurídicas, Lisboa, 2006, pág. 312.

estar valorizada extraordinariamente, por circunstâncias ocasionais, no memento da destruição³²⁰.

Se esta posição nos parece absolutamente defensável quando se trata de destruição total de algumas frações, e preservação total de outras, onde a proporção entre elas se manteria desde a elaboração do título constitutivo, já não concordamos que seja defensável quando a destruição do edifício acontece por todas as frações e em termos diferentes em cada uma delas. Imaginemos que um prédio é parcialmente destruído por um incêndio, não tendo no entanto sido destruída a estrutura em betão armado dos alicerces, pilares, colunas e paredes mestras. A reconstrução do edifício tem que se estender a todas as frações, mas não será necessário refazer a estrutura do edifício. Neste caso, embora a totalidade das frações tivesse sido destruída, poderia não ter sido destruída uma parte do edifício superior a três quartos do seu valor. Assim, à semelhança de Abílio Neto, entendemos que o critério para cálculo do valor do edifício é o da diferença entre o seu valor, para efeitos de venda, antes e após a sua destruição³²¹. Para este cálculo o valor do terreno deve ser desconsiderado, quer antes, quer depois da destruição.

Se a destruição do edifício for inferior a três quartos pode, a assembleia, deliberar a reconstrução com dupla maioria, de número de condóminos e de capital investido, nos termos do n.º 2 do artigo 1428.º.

No caso de não se conseguir obter a dupla maioria não fica deliberada a reconstrução nem, obviamente, fica aprovada a venda do terreno e dos materiais, situação essa só prevista para a destruição de mais de dois terços³²². A lei não cuidou encontrar uma solução para esta situação, mas nada impede que os condóminos dispostos a suportar os encargos possam custear as obras de reconstrução nas partes comuns destinadas a permitir a utilização das suas frações. Em relação aos condóminos que se tenham oposto à reconstrução, não podem ser obrigados a participar nos custos mas, depois de concluída a obra, não seria legítimo que beneficiassem, sem mais, da obra realizada utilizando-a juntamente com a das suas frações. A solução que propomos, neste caso, é o recurso à aplicação analógica do n.º 4 do artigo 1426.º, respeitante a inovações, que estabelece que “...o condómino cuja recusa seja havida como fundada pode a todo o tempo participar nas vantagens da

³²⁰ Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 237.

³²¹ NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 314.

³²² No mesmo sentido, LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 440.

inovação, mediante o pagamento da quota correspondente às despesas de execução e manutenção da obra...”. Assim, após se recusar a participar nas despesas de reconstrução, pode o condómino passar a beneficiar delas pagando, nesse momento, o valor correspondente à sua quota.

Pode ainda acontecer que a reconstrução seja aprovada com a dupla maioria exigida, mas subsistam condóminos que, tendo votado contra, não quiserem participar nas despesas. A lei não prevê que possa a maioria obrigar os outros a custearem a reconstrução, ao contrário do que prevê no caso das inovações, não obstante muitas assembleias de condóminos assim o deliberarem com o intuito de que a passagem do tempo permita a estabilização da decisão ilegal, por a mesma não ser nula mas apenas anulável³²³. A única estatuição que a lei determina para esta situação, é que, nos termos do n.º 3 do artigo 1428.º, os condóminos que não quiserem participar nas despesas de reconstrução, uma vez esta aprovada, podem ser obrigados a vender os seus direitos a outros condóminos, direitos esses que incluem as fração e, conseqüentemente, a compropriedade das partes comuns, segundo o valor, entre eles, acordado ou fixado judicialmente³²⁴. Com isto, a lei cria um direito potestativo de aquisição em relação ao condómino que esteja na disposição de adquirir a fração em causa e apenas limita essa possibilidade de aquisição se mais do que um dos condóminos se apresentar como comprador. O legislado, aqui, não optou pela licitação entre os candidatos, conferindo ao alienante a faculdade de escolher, de entre esses, o comprador ou compradores, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo.

O legislador não estabeleceu, no entanto, solução para o problema no caso de nenhum dos outros condóminos estar na disposição de adquirir a fração daquele ou daqueles que não querem compartilhar nas obras de reconstrução. Pela mesma ordem de ideias do que acima defendemos, quando tratávamos da situação de a maioria ter recusado a reconstrução sem ter sido aprovada a venda do terreno e dos materiais, também aqui defendemos que podem aqueles que aprovaram a reconstrução a ela proceder, assegurando o pagamento da totalidade das obras em partes comuns, não podendo, no entanto, aquele que nos custos não participou, delas beneficiar sem, primeiro e a qualquer momento, pagar a parte correspondente à sua quota. Embora pareça injusto quando aquele que se recusa a pagar a reconstrução não

³²³ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Junho de 2002, n.º convencional: JSTJ00000337.

³²⁴ No mesmo sentido, LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 440.

viu a sua fração ou as partes comuns qua servem, afetadas pela destruição, pois nunca vai ser chamado a pagar a reconstrução, vemos que a solução se torna proporcional ao ver que isto só acontece após nenhum dos outros condóminos ter exercido o direito potestativo de aquisição da sua fração.

1.3.Direito de juntar frações autónomas de que seja titular

Com a alteração produzida em 1994 adicionando o artigo 1422.º-A no Código Civil clarificou a situação e apreço. O seu n.º 1 estabelece que “...*não carece de autorização dos restantes condóminos a junção, numa só, de duas ou mais frações do mesmo edifício, desde que sejam contíguas...*”, estabelecendo ainda o n.º 2 do mesmo artigo que “...*a contiguidade das frações é dispensada quando se trate de frações correspondentes a arrecadações e garagens...*”.

Até à introdução deste artigo, o regime era omissivo no que diz respeito à existência ou não desta possibilidade, obrigando a tratamento diferente as situações de junção material e de junção jurídica. No que diz respeito à possibilidade de junção material, desde que a mesma não invadisse as partes comuns ou destruísse paredes-mestras ou de sustentação, e tão-somente paredes de enchimento, paredes essas pertença das frações, nada obrigava a que se produzisse alterações ao título constitutivo, pois seria indiferente, no relacionamento jurídico entre o titular das duas frações juntas e os outros condóminos, uma vez que os seus pesos relativos na gestão do condomínio manter-se-iam inalterados. Entendeu assim, como nós também entendemos, o Tribunal da Relação do Porto, que chamado a pronunciar-se em 1992³²⁵ sobre a situação em apreço, decidiu que: “...*a interligação de duas frações contíguas e pertencentes ao mesmo condómino deixa incólume o título constitutivo da propriedade horizontal, pois só uma alteração de qualquer elemento prevenido nesse título obriga a sua autorização por escritura pública e ao acordo de todos os condóminos...*”

No que diz respeito à possibilidade de, para além da junção material, se proceder também a uma junção jurídica, esta via-se unicamente limitada pelo disposto no artigo 1419.º n.º 1, que antes das alterações de 1994 rezava que “...*o título*

³²⁵ Acórdão da Relação do Porto de 06 de Janeiro de 1992, n.º convencional: JTRP00002587

constitutivo da propriedade horizontal pode ser modificado por escritura pública, havendo acordo de todos os condóminos...”; circunstância que obrigava à unanimidade expressa dos titulares para se proceder à junção. À partida, não se poderia perceber a relevância que poderia ter a junção de duas frações de um mesmo titular numa só, que justificasse a burocracia associada ao processo de alteração do título, pois a única vantagem que teoricamente poderia resultar, era a de conseguir, na compra das duas frações como uma só, e admitindo que se destinavam a habitação própria e permanente, a isenção em ambas de *contribuição autárquica*³²⁶ por um período até 10 anos, sendo certo que, no reverso da medalha, não perdendo peso na posição relativa entre condóminos no que diz respeito à percentagem ou permilagem que cada um detém do prédio (uma vez que o valor percentual da sua nova fração seria exatamente o valor da soma das duas que lhe deram origem), perdia no entanto peso nas decisões que tivessem que ser tomadas pela maioria, independentemente da percentagem ou permilagem, consequência da sua capacidade de intervenção ter sido reduzida de dois votos para um voto.

Não se pode deixar de ter em conta, e nisto a alteração legislativa em nada influenciou o funcionamento deste instituto, que a junção só é admissível quando se tratar de frações diferentes de um mesmo prédio e nunca, mesmo que a sua contiguidade material seja evidente, da junção de frações de prédios diferentes.

A alteração produzida com a introdução do artigo 1422.º-A, não tendo encetado qualquer alteração à possibilidade de junção material, independentemente da junção jurídica, criou para esta um direito potestativo na esfera do titular das duas frações autónomas contíguas originais que é a capacidade de, independentemente da aceitação, e até mesmo do conhecimento, dos outros condóminos, poder alterar unilateralmente o título constitutivo. O n.º 4 desse artigo estabelece que “...*cabe aos condóminos que juntarem... ...as frações o poder de, por ato unilateral constante de escritura pública ou de documento particular autenticado, introduzir a correspondente alteração no título constitutivo...*”³²⁷, cabendo ainda ao titular do direito de junção, nos termos do n.º 5, comunicar ao administrador o conteúdo da

³²⁶ Entretanto abolida e substituída pelo IMT (Imposto Municipal sobre a Transmissão de Imóveis)

³²⁷ A possibilidade de a alteração ao título constitutivo ser processada por documento particular autenticado foi uma inovação do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, e insere-se na grande reforma dos atos notariais em Portugal.

escritura pública ou do documento particular autenticado num prazo de 10 dias³²⁸. Claro está também que a norma prevista no artigo 4.º é de carácter dispositivo e não imperativo, tendo sido usado o termo “*pode*” e não o termo imperativo “*deve*”, o que deixa na discricionariedade do titular das frações juntas a opção entre proceder à junção jurídica através da alteração unilateral do título constitutivo ou manter as duas frações materialmente unidas e juridicamente divididas.

Em seguida, e no que a esta faculdade diz respeito, falta centrarmo-nos no conceito de contiguidade previsto no n.º 2 do artigo em apreço. Ao estabelecer esta norma que “*...a contiguidade das frações é dispensada quando se trate de frações correspondentes a arrecadações ou garagens...*” aparenta só ser possível a junção de frações descontínuas caso uma delas tenha um carácter acessório em relação à outra, o que acontece, efetivamente, quer com as arrecadações, quer com as garagens com o carácter acessório que têm em relação à fração destinada a habitação ou comércio que é, por maioria de razão, o objeto base sobre o qual incide o direito. Esta questão levanta-nos dois tipos de problemas. Por um lado, como nos alerta Aragão Seia, “*...se um condómino for proprietário, por exemplo, de uma fração autónoma constituída por um andar para habitação e um arrumo na cave, e uma outra fração integrada por uma garagem, também na cave, confinante com a arrecadação, pode fazer a junção entre a garagem e a arrecadação, passando esta a fazer parte da garagem ou a garagem parte da fração para habitação...*”³²⁹.

No caso apontado por Aragão Seia, teríamos uma situação de junção de uma fração com parte de uma outra, no caso a garagem com a arrecadação que era parte da fração de habitação, o que leva, e em nossa opinião de uma forma correta, o autor a centrar a base da sua consideração no carácter de “dependência funcional” de uma das frações a juntar em relação à outra. Não podemos no entanto deixar de ir conceptualmente um pouco mais longe e admitir mesmo a possibilidade de um condómino ser titular de uma fração para habitação, uma outra de arrecadação e ainda de uma garagem. Seguindo a conceção da dependência funcional, fácil seria de compreender que caso se pretendesse a junção das três numa só fração a dependência funcional, quer da garagem, quer da arrecadação em relação à fração de habitação, seria total. No entanto, se o nosso condómino, motivado, por exemplo, pela vontade

³²⁸ O prazo de 10 dias aqui estabelecido foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, sendo o prazo original existente de 30 dias.

³²⁹ SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 114 e 115

de venda da garagem e da arrecadação a um terceiro, pretendesse juntar a garagem à arrecadação, independentemente do facto de não terem qualquer contiguidade entre si, não deveria objetar à junção. Neste caso, a leitura do texto do artigo não parece deixar dúvidas quanto à possibilidade em causa, podendo assim um titular de uma garagem e de uma arrecadação não contíguas uni-las numa só fração.

Tal possibilidade leva-nos a ter que refletir novamente na necessidade de contiguidade das frações para ser possível a sua junção. Qual será a natureza jurídica da diferença entre a junção de dois lugares de garagem ou de duas arrecadações não contíguas, ou da junção de duas frações destinadas a habitação, também elas não contíguas?

À partida, o legislador, ao redigir esta norma, estava centrado na regulamentação das garagens e arrecadações como frações acessórias de uma fração principal destinada, por exemplo, a habitação ou comércio, mas se pensarmos numa garagem constituída em propriedade horizontal, compostas por diversos lugares de estacionamento de automóveis correspondendo todos a frações autónomas, nada justifica um tratamento diferente das frações descontínuas destinadas à habitação num outro prédio. Neste caso, por lhe faltar a dependência funcional, ainda que em abstrato, motivada por inexistirem no prédio em causa frações de que os lugares de garagem possam, eventualmente, vir a ser acessórios, parece-nos que é de não aplicar o n.º 2 do artigo 1422.º-A, impossibilitando assim a junção de lugares de garagem não contíguos. Esta interpretação desta norma, quanto ao seu resultado, configura uma interpretação restritiva, pois, contrariando o que seria de aceitar numa interpretação literal, em nossa opinião, só permite a dispensa de contiguidade das frações para efeitos de junção jurídica, tratando-se de “garagens” ou “arrecadações” que possam, em abstrato e nesse mesmo prédio, serem funcionalmente dependentes de uma outra, numa espécie de acessoriedade delas próprias.

Por outro lado, importa também refletir até que ponto a previsão de arrecadações e garagens estabelecida no n.º 2 do artigo em causa é taxativa ou apenas enumerativa, permitindo neste segundo caso a sua interpretação extensiva, entendendo que o espírito da lei abrange mais casos do que a sua letra, à partida, permitiria supor, sabendo-se que, sendo uma norma excepcional, em circunstância alguma poderia ser aplicada analogicamente³³⁰. Que razão justificativa existiria para

³³⁰ Cf. artigoº 11 do Código Civil.

impedir que o titular, num mesmo prédio, de uma fração destinada a habitação no primeiro andar, uma destinada a garagem na cave e uma outra, na cobertura do prédio destinada a lavandaria, não sendo esta última, nem garagem nem arrecadação, porque haveremos de lhe dar um tratamento jurídico diferente? Não devemos. O carácter de acessoriedade existente na lavandaria, não obstante a sua descontinuidade física, é exatamente a mesma da garagem, o que nos leva a concluir que não pretendia, o legislador, excluir esta previsão do espírito do n.º 2 do artigo 1422.ºA. A previsão exclusiva de garagem e arrecadação nesta norma, sem a inclusão de outro tipo de anexos, prender-se-á, muito provavelmente, com o facto da quase totalidade das frações funcionalmente dependentes existentes em prédios serem de facto garagens e arrecadações, mas a referência a estas deve ser vista de uma forma enumerativa e nunca taxativa.

Mais longe iríamos, mas aqui já sem suporte na lei, se pretendesse que a possibilidade de junção de frações não contíguas fosse vista de uma forma generalizada para todo o tipo de frações desde que uma delas tivesse, no caso concreto, uma dependência funcional em relação à outra. Tal situação aconteceria, por exemplo, se num prédio coexistissem frações destinadas a habitação, sendo estas a maioria, e outras destinadas a comércio e serviços, como escritórios. Se um dos condóminos exercer uma profissão liberal, como médico, poderá do ponto de vista dele, um gabinete onde possa dar consulta ser funcionalmente dependente da fração em que habita, o que levaria, numa interpretação mais alargada, a que fosse permitida a junção. Aqui afastamo-nos totalmente desta possibilidade porque, perante o normativo em vigor, não é de forma alguma defensável que a dependência funcional seja casuística, tendo em conta a realidade concreta do titular das frações que as pretende juntar, mas sim abstrata, tendo apenas em conta a realidade das próprias frações e a natureza do fim a que se destinam.

Atendendo agora à multiplicidade de soluções que o funcionamento desta norma, aplicada de uma forma menos literal, abriria, abordemos a possibilidade de junção de parte de uma fração a outra. Por exemplo, se determinado indivíduo for titular de uma fração da qual façam parte um apartamento e uma garagem, até que ponto é que existiria a possibilidade de alienar a sua garagem separada do apartamento em favor do titular de uma outra fração no mesmo prédio com a obrigação de este proceder à respetiva junção. Se do ponto de vista da posição relativa entre condóminos (quer ao nível da proporção de cada uma das frações, quer ao nível

do número de frações existentes) não existiriam alterações, não diminuindo assim as garantias de quaisquer condóminos externos ao negócio, poderia, no entanto, abrir a possibilidade de surgimento de formas indesejadas do instituto da propriedade horizontal, pois, por maioria de razão, não seria concebível que o direito à divisão, melhor estudado no ponto seguinte, existisse para a junção numa fração, e não existisse por si só³³¹.

Abstraindo-nos agora da solução encontrada pelo nosso legislador, e aceitando como dinâmica a criação legislativa, não nos repugna uma evolução futura para um sistema que permita a junção de quaisquer frações não contíguas de um mesmo prédio, permitindo assim evoluir de um sistema de contiguidade abstrata como o atual, para um sistema de contiguidade concreta, capaz de possibilitar uma maximização do aproveitamento económico de diferentes frações que possam valer mais unidas, que a soma aritmética das suas partes.

Em qualquer dos casos acima referidos, a junção jurídica de duas frações contíguas só é possível se das obras necessárias para a junção material não resulte prejuízo para a segurança do edifício³³², ou que não alterem a linha arquitetónica ou o arranjo estético do mesmo, a menos que se obtenha prévia autorização da assembleia de condóminos, aprovada por maioria representativa de dois terços do valor total do prédio³³³. Obviamente que a junção material das frações se faz muito mais facilmente no plano horizontal, que na maioria das vezes só implicará a demolição ou abertura de passagem em paredes de enchimento que não são estruturais no edifício, que no plano vertical, onde, por regra, qualquer abertura porá mais em causa a estrutura do edifício, a sua segurança e linha arquitetónica. No entanto, as dificuldades inerentes a uma junção de frações no plano vertical não são suficientemente fortes para excluir esta possibilidade, podendo assim a questão da contiguidade ser apreciada e valorada, de igual forma, nos dois planos.

Questão pertinente é qual a solução jurídica a dar quando as duas frações que o titular pretende juntar, não obstante a sua contiguidade, tenham fins ou afetações

³³¹ No sentido da proibição dessa alienação, pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, em 13 de Dezembro de 2007, n.º do processo 07A3023, onde afirma “...Não pode adquirir-se a propriedade de parte física de fração autónoma de prédio constituído *em propriedade horizontal antes que haja alteração do título constitutivo que autonomize essa parte física da fração da outra em que estava inserida...*”

³³² Obviamente não nos centramos, aqui, na componente administrativa dessas obras, sujeitas, conforme os casos, a informação ou autorização por parte, pelo menos, da Câmara Municipal.

³³³ Conferir artigo 1422.º n.º 2, a) e n.º 3.

diferentes (por exemplo uma destinada a comércio e outra a habitação). Não tendo a lei uma solução taxativamente prevista para o caso, e sendo certo que a fração resultante da junção, para permitir a alteração potestativa do título constitutivo, não pode alterar a realidade do prédio antes da junção (salvo obviamente quanto ao número de frações), não é possível proceder-se à junção sem que, primeiro, todos os condóminos alterem o fim a que se destina uma, outra ou as duas frações para que o fim seja o mesmo, salvo, obviamente, no caso de o fim das frações ser complementar, como no caso da junção de uma fração destinada a habitação a outra destinada a garagem. Aquela alteração, nos termos do artigo 1419.º n.º 1 e 2, só pode ser efetuada por todos os condóminos, em escritura pública ou documento particular autenticado, ou, em alternativa, através do administrador do condomínio desde que, para o efeito, esteja mandatado por ata de assembleia de condóminos assinada por todos eles sem exceção.

1.4.Divisão frações autónomas de que seja titular

Quando nos centramos na questão ora em apreço não podemos ser imunes a considerar como fundamental a alteração introduzida pela criação do artigo 1422.º-A, operada pelo Decreto-Lei n.º 167/94, de 25 de Outubro, que estabelece no seu n.º 3 que “...*não é permitida a divisão de frações em novas frações autónomas, salvo autorização do título constitutivo ou da assembleia de condóminos aprovada sem qualquer oposição...*”. Posto isto, somos obrigados a analisar o entendimento doutrinal antes e depois desta alteração legislativa.

Assim, até 1994, inexistindo o artigo 1422.º-A, as limitações existentes ao direito de divisão das frações autónomas em novas frações proviriam, quase exclusivamente, dos artigos 1415.º e 1419.º. No que diz respeito ao primeiro enunciado preceito, a limitação à faculdade imposta seria ao nível físico e não jurídico, seria a obrigatoriedade de conformação das frações a criar, aos requisitos do objeto da propriedade horizontal – ou seja, a obrigatoriedade de as novas frações constituírem unidades independentes, serem distintas e isoladas e com saída própria para parte comum do prédio ou para a via pública – o que de modo algum impossibilitaria, em abstrato, o exercício da faculdade em estudo, mas a cingiria a situações físicas concretas em que estes requisitos se verificassem.

No que diz respeito à limitação proveniente do estatuído no artigo 1419.º, a limitação era, como ainda é, jurídica, e foi, no passado, suscetível de mais do que uma interpretação. A redação do n.º 1 deste artigo estabelecia que “...o título constitutivo da propriedade horizontal pode ser modificado por escritura pública, havendo acordo de todos os condóminos...”, parecendo à partida que, uma vez que a divisão de uma fração obrigava a que o título se modificasse (pelo menos no que ao número de condóminos e respetivas proporções diz respeito), seria de todo impossível possibilitar-se a cada um, unilateralmente, a faculdade de provocar essa alteração.

No entanto, diversos autores defenderam a legalidade dessa faculdade, como foi o caso de Pires de Lima e Antunes Varela³³⁴, apoiando-se em autores estrangeiros como *Peretti Griva* e *A. Visco*, condicionando, no entanto, tal faculdade à sua possibilidade material e jurídica, de Henrique Mesquita³³⁵, Borges de Araújo³³⁶ e José A. Negri³³⁷, importando para estes autores como modificações que carecessem de acordo, e posterior escritura de alteração do título outorgada por todos os condóminos, apenas aquelas que, por se passarem nas partes comuns, implicariam alterações da realidade do prédio para condóminos diferentes do proprietário da fração a dividir, e nunca as inseridas dentro da fração autónoma de cada um dos condóminos, pois estas, à partida, só a este diriam respeito e agiriam no âmbito do seu pleno direito de propriedade sobre a sua fração.

No entanto, já na altura não era totalmente pacífica a posição de divisibilidade unilateral das frações, como no caso de Rodrigues Pardal e Dias da Fonseca³³⁸, que consideravam ser indivisível, cada uma das frações de um prédio constituído em

³³⁴ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, onde referem, pág. 416, que “...nada impede mesmo que, na falta de convenção em contrário, o condómino subdivide a sua fração, sempre que a divisão seja material e juridicamente possível, ... em novas frações autónomas, para constituir sobre elas ou sobre cada uma delas um direito de propriedade independente...”

³³⁵ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 40, afirmando que, referindo-se à licitude da possibilidade de um condómino subdividir a parte de que é proprietário em novas frações autónomas, “...o direito de transformação e de fraccionamento, quando a lei não estabeleça restrições, são faculdades inerentes ao domínio...”

³³⁶ ARAÚJO, ANTÓNIO MAGRO BORGES DE, *A Propriedade Horizontal e o Notariado – Minutas e Contratos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, pág. 48, afirmando que “...a subdivisão de uma fração em novas frações autónomas é direito do condómino, como é seu direito a concentração de várias frações em uma só, quando material e juridicamente possível...”

³³⁷ NEGRI, JOSÉ A., *Régimen Argentino de la Propiedad Horizontal*, Obras de José A. Negri, Buenos Aires, 1966, pág. 171 e 172.

³³⁸ PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 95, onde referem que “...as frações autónomas são indivisíveis mesmo que possam subdividir-se em outras frações autónomas. O proprietário, por si só, não proceder a essa divisão... não pode haver uma propriedade horizontal dentro de outra propriedade horizontal...”

propriedade horizontal, sem que para o efeito se procedesse a uma alteração do título constitutivo obedecendo a todo o seu formalismo.

O que justificava a posição daqueles que se opunham ao direito de divisão das frações era o facto de as alterações da estrutura do condomínio, aumentando o número de condóminos, não serem, só ao nível físico – aumentando o número de pessoas que utilizam as partes comuns e sobrecarregando as estruturas de apoio social do prédio, como utilização dos elevadores, uso de luz e água comum, aumento de barulhos, etc. – mas também por importar a constituição de direitos obrigacionais do titular, tendo por objeto a sua fração, como por exemplo se arrendasse parte dela a um terceiro; como também ao nível jurídico pois aumentaria o número de condóminos, número esse relevante para a obtenção de quórum e aprovação de decisões em sede de assembleia de condóminos.

Assim, a alteração legislativa materializada em 1994 veio estabilizar a doutrina, proibindo, caso o título constitutivo o autorize ou a assembleia de condóminos o aprove sem oposição, aprovando sem oposição, não o autorizem, a divisão de cada fração em duas ou mais frações, justificada assim, como ensina Aragão Seia³³⁹, por o aumento do número de condóminos alterar o funcionamento do condomínio, não propriamente na intensificação da utilização do prédio, mas sim na alteração formal da constituição do mesmo que agravaria, na relação entre condóminos, a posição de cada um tendente à obtenção de maiorias nas votações.

Não se poderia exigir, assim, a um condómino que, no momento da constituição da propriedade horizontal do seu prédio tinha uma posição e voto, em sede de assembleia de condóminos, de, por exemplo, um em dez, sem que o título constitutivo o autorizasse ou sem que ele tivesse tido oportunidade de se pronunciar, visse a sua posição reduzida para um em onze, em doze ou em treze.

Este espírito da alteração legislativa em causa, centrado na não diminuição unilateral das garantias de cada um dos condóminos, embate em duas situações em que a aplicação direta deste artigo chocaria com o seu espírito, situações essas que são a divisão em duas de uma fração originalmente dividida e sobre a qual se tenha procedido a uma junção anterior, junção essa potestativa, e a situação em que a

³³⁹ SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 115, onde refere que, referindo-se à proibição da divisão, “...e compreende-se que assim seja por, com essa divisão, se abrir a possibilidade de aumento do número de condóminos e da correspondente alteração no funcionamento do condomínio...”.

divisão de uma fração não vai aumentar o número de condôminos mas vai juntar as partes fracionadas a outra fração já existente, mantendo assim a proporção relativa de todos os outros condôminos.

Na primeira das situações descritas se, por exemplo, num prédio que originalmente tivesse cinco frações e que o proprietário de duas delas, confinantes entre si, tenha procedido à sua junção, potestativamente, procedendo também, como anteriormente vimos, à alteração do título constitutivo por escritura pública na qual tenha ele sido o único interveniente, caso venha agora pretender voltar a dividir a nova fração nas duas originais, estará ou não condicionado pela necessidade de, caso o título constitutivo não o preveja, obter a aprovação da assembleia de condôminos sem oposição?

A resposta não pode ser imediata. Se é certo que a redução do número de frações foi processada com a intervenção de um só condômino, o titular das duas frações originais, e no exercício de um direito potestativo conferido por lei, certo é também que o exercício desse direito produz modificações, não só na sua esfera jurídica, como também na dos outros condôminos.

Aceitar-se que, nestas circunstâncias, poderia ficar aberta a porta para que o proprietário da fração resultante da junção das duas originais, pudesse, sempre que quisesse, juntar ou dividir essas frações, respeitando o fracionamento original como limite mínimo da indivisibilidade, seria colocar todos os outros condôminos numa situação de intermitência ou flutuação quanto à segurança dos limites do exercício do direito de oposição conferido pelo artigo 1422.º-A, que se afasta totalmente do que pretendeu o legislador com a criação dessa norma.

A isto deve acrescentar-se também que, tendo o título constitutivo, uma vez alterado, eficácia real, não se encontra qualquer justificação para impor, a um condômino que só adquira a sua fração em momento posterior à junção das outras, que existisse, sem que ele soubesse ou sequer pudesse saber, um direito, não constante do título constitutivo, de um dos condôminos, e exclusivamente ele, ter a faculdade potestativa de dividir uma fração sua, inexistindo essa possibilidade para qualquer um dos outros.

Diferente é a análise dos poderes conferidos, em sede de outorga da escritura de modificação do título constitutivo, ao condômino que procede à junção, e avaliar até que ponto poderá este, nessa modificação do título, poder prever, desde logo, a

possibilidade de fracionamento dessas duas frações – e apenas delas – sem que para isso tenha que pedir a intervenção de qualquer dos outros condóminos.

Nesta situação já não nos parece que exista qualquer impedimento. A possibilidade de alteração unilateral do título constitutivo, neste caso específico, é uma determinação legal que, a nosso ver, só tem dois tipos de limites. Por um lado, deve cingir-se ao fim a que se destina – juntar duas frações autónomas e contíguas numa só – e, por outro, não reduzir as faculdades originais dos outros condóminos em mais do que o essencial para a realização do fim pretendido e legalmente permitido. Ora, se originalmente os outros condóminos tinham os seus direitos limitados pela existência autónoma e independente de cada uma das frações originais, não se vislumbra em que poderiam ser reduzidas as suas faculdades originais no facto de na mesma escritura de modificação do título para junção dessas duas frações fosse prevista a sua divisibilidade. Merece ainda referência que a situação é diferente da possibilidade de divisão de frações acima prevista no caso de o título não ter sido, quanto a isto, modificado, pois enquanto aí ter-se-ia consolidado o direito dos outros condóminos não verem aquelas frações novamente separadas, consolidação essa que acontece com a escritura, e aqui esse direito nunca se chega a formar pois sua limitação foi criada *ab initio*.

É assim nossa opinião que, desde que a escritura de modificação do título constitutivo para junção de frações o preveja, considera-se, no que a essa nova fração diz respeito, que a mesma é divisível por autorização do próprio título constitutivo tendo como limite mínimo de fracionamento a estrutura original.

Quanto à situação em que a divisão de uma fração não vai aumentar o número de condóminos, mas vai juntar as partes fracionadas a outra fração já existente, mantendo assim a proporção relativa de todos os outros condóminos, como acontece se a uma fração corresponder uma habitação e um lugar na garagem e pretender vender esse lugar, para junção, ao titular de uma outra fração do mesmo prédio, a solução já não é exatamente a mesma. Neste caso, como acima vimos, se ao lugar de garagem correspondesse a uma fração independente nada impediria que, sendo o mesmo o proprietário, fossem juntas ambas as frações numa só. Fazendo o lugar de garagem originalmente parte de uma fração, a sua junção a uma outra implicaria primeiro a divisão da fração original, o que, como já vimos, não é admissível, pois faria com que, por um determinado lapso de tempo – que decorreria desde o momento da divisão até ao momento da junção à nova fração – existisse pelo menos uma fração

autónoma nova em relação ao número original, com todas as supra referidas consequências que a lei pretendeu evitar.

No momento seguinte, aquando da junção à nova fração, independentemente da retificação necessária das proporções de ambas as frações envolvidas no negócio, a posição relativa de cada um dos outros condóminos manter-se-ia, quer no que diz respeito às suas próprias proporções, quer ainda no que diz respeito ao número total de condóminos. Aceitar esta situação como possível e legalmente admissível não contraria em nada o espírito do legislador que apenas pretendeu evitar que o funcionamento do condomínio fosse alterado pela divisão de frações, ficando esse funcionamento, nestas circunstâncias, inalterado.

O único cuidado que, em nosso ver, se tem que ter para que esta junção de uma parte de uma fração se faça com uma outra fração é a da divisão, a junção e a alteração do título constitutivo se outorguem no mesmo ato – na mesma escritura pública – evitando assim que, por um momento que seja, tenha aquele condomínio mais frações que as originais sem a autorização do título ou da assembleia de condóminos sem oposição.

Por fim, analisando agora a situação do título constitutivo autorizar a divisão ou, mesmo não autorizando, se a mesma for autorizada pela assembleia, sem oposição, o processo de outorga unilateral da escritura de modificação do título constitutivo, admitindo que estão preenchidos os requisitos estruturais dos artigos 1414.º e 1415.º, é feito, por força do n.º 2 do artigo 1419.º, nos mesmos termos que os acima explanamos na abordagem do processo de junção de frações.

Analisando globalmente os dois institutos previstos no artigo 1422.º-A, verificamos que é a intenção do legislador, desde que existam condições materiais, facilitar a junção de frações e a potestatividade do direito do titular na alteração do título constitutivo, pois não diminui a posição relativa dos outros condóminos com esta alteração, e obrigar a divisão de frações, quando materialmente possível, à aprovação dos outros condóminos sem oposição, pois, neste segundo caso, as posições relativas destes alteram-se negativamente, nas votações em assembleia de condóminos que, independentemente das proporções, exigem maioria de condóminos.

Uma vez junta ou dividida a fração, nos termos previstos na lei, e após outorga da escritura pública ou produção do documento particular autenticado, estabelece o n.º 5 do artigo 1422.º-A que do documento deve ser dado conhecimento ao administrador do condomínio num prazo de 10 dias. Questão pertinente, neste ponto,

será a análise da forma que deverá revestir essa comunicação e os documentos que deve conter. Não fazendo referência a lei a nenhuma forma especial para a transmissão da informação, nada afasta o regime regra da liberdade de forma, parecendo-nos até que, a forma oral, será a mais comumente utilizada. No que diz respeito aos documentos que se devam juntar, sendo o n.º 5 do artigo 1422.º-A totalmente omissivo, não nos podemos afastar das obrigações do administrador do condomínio que, sendo legalmente impostas, o obrigam tanto a ele como aos outros condóminos. O n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 268/94 estabelece que “...deverão ficar depositadas à guarda do administrador as cópias autenticadas dos documentos utilizados para instruir o processo de constituição da propriedade horizontal...”, obrigando ainda o artigo 1436.º, al. m) do Código Civil o administrador a “...guardar e manter todos os documentos que digam respeito ao condomínio...”. Na conjugação destas duas normas parece-nos claro que o administrador, tendo a obrigação legal de guardar todos os documentos relativos ao condomínio, obrigação essa no âmbito da propriedade horizontal e, como tal, relativa aos outros condóminos, não sendo assim estes terceiros para efeitos dessa obrigação, mas sim os próprios titulares do direito, a estes cabe a prática de todos atos materiais que, devido a causas a que eles deram origem, obrigam o administrador a alterar/aumentar o seu arquivo legal, permitindo-lhes aceder a esses documentos, o que, em nossa opinião, obriga o condómino que tiver juntado ou dividido legalmente frações a, juntamente com a comunicação³⁴⁰, entregar cópia da escritura ou do documento particular autenticado³⁴¹. É também nossa opinião que a cópia a ser junta pelo condómino seja autenticada, por maioria de razão, pois obrigando a lei a que as cópias do processo da constituição da propriedade horizontal assim o sejam, nada justificaria que os documentos que modificam o título constitutivo e que, como tal, têm o mesmo grau de importância, não o fossem também.

³⁴⁰ Poder-se-ia ainda especular se a junção desse documento não poderia ser em momento posterior e após a comunicação. Como em mais nenhum local vem referida esta obrigação legal de entrega de documentos não pode ser outro o momento da entrega sob pena de, se diferente fosse o entendimento, a obrigação não teria prazo e a entrega nunca viria a ser exigível.

³⁴¹ No mesmo sentido, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 26.

2. OBRIGAÇÕES DOS CONDÓMINOS QUANTO À FRAÇÃO AUTONOMA

2.1. Dever de sujeição às limitações impostas em geral aos proprietários e comproprietários de coisas imóveis pelos respectivos institutos.

O artigo 1422.º, n.º 1 estabelece que “...os condóminos, nas relações entre si, estão sujeitos, de um modo geral, quanto às frações que exclusivamente lhes pertencem e quanto às partes comuns, às limitações impostas aos proprietários e aos comproprietários de coisas imóveis...”, significando isto que os proprietários de frações, além dos limites que confromem o seu direito de propriedade, encontram, mercê do regime da propriedade horizontal, outras concretas limitações àquele seu direito, designadamente as que possam decorrer da compropriedade das partes comuns, e do exercício dessa compropriedade³⁴².

Assim, centrando-nos no direito de propriedade e, por maioria de razão, no de compropriedade também, existem dois tipos de restrições, sendo um de origem convencional e outro de origem legal.

As primeiras existem por efeito do n.º 1 do artigo 1306.º do Código Civil, segunda parte (“...toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional.”). Como exemplo pode-se referir o arrendamento ou um comprometimento de não praticar determinada atividade.

No que diz respeito às restrições de origem legal, estas podem ser de direito público, e como tal estabelecidas para o direito de propriedade, no interesse da coletividade, e, conseqüentemente, são aproveitadas pela propriedade horizontal; ou de direito privado, visando a proteção de outras pessoas em concreto, com especial relevo neste campo privatístico, das relações de vizinhança.

As restrições de direito público são de número considerável e constam de legislação avulsa. No entanto, algumas vêm referidas no Código Civil que é o caso,

³⁴² O n.º1 do artigo 1405.º, inserido no capítulo referente à compropriedade refere que “...os comproprietários exercem, em conjunto, todos os direitos pertencentes ao proprietário singular...”, e sendo os direitos dos proprietários singulares aqueles que existem respeitando as respetivas limitações, por maioria de razão, os direitos exercidos em conjunto pelos comproprietários, respeitando as regras da compropriedade, estão assim sujeitos a essas mesmas limitações.

não obstante já virem consagradas em legislação especial, da requisição temporária de coisa do domínio privado³⁴³ e ainda da expropriação³⁴⁴.

Quanto às restrições de direito privado, justifica-se a sua existência por duas ordens de ideias. Por um lado, por vezes, a utilização da fração ou das partes comuns só é possível mediante a utilização de frações ou de prédios vizinhos, e por outro, por vezes, a utilização de uma fração só é possível propagando-se para além dos limites horizontais da respetiva fração, suscetível de afetar frações de outros condóminos.

Para conciliar os interesses dos diferentes condóminos é necessário, então, que o próprio direito de propriedade sobre a fração sofra restrições³⁴⁵, restrições essas que podem ter como origem limitações do direito de livre atuação do proprietário da fração, ou limitações do direito de excluir intromissões alheias.

Centrando-nos nas restrições reguladas no código civil, passaremos assim a abordar nove casos, todos de significativa importância:

2.1.1. Emissão de fumo, produção de ruído e factos semelhantes

O artigo 1346.º estabelece que “...o proprietário de um imóvel pode opor-se à emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como a produção de trepidação e outros quaisquer factos semelhantes provenientes de prédio vizinho, sempre que tais factos importem um prejuízo substancial para o uso do imóvel ou não resultem da utilização normal do prédio de que emanam...”.

Entendendo-se por emissão “...a repercussão, sobre imóvel vizinho, dos efeitos de um comportamento humano dirigido ao aproveitamento das utilidades proporcionadas por certo imóvel...”³⁴⁶.

A norma não pode ser apreciada de outra forma que não seja na ótica de uma especificação ao direito fundamental, constitucionalmente consagrado³⁴⁷, respeitante

³⁴³ Cf. artigo 1309.º.

³⁴⁴ Cf. artigo 1308.º.

³⁴⁵ Cf. artigo 1305.º, última parte.

³⁴⁶ GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Restrições de Vizinhança (de interesse particular)*, Quid Iuris – Sociedade Editora, Lisboa, 2003, pág. 124.

³⁴⁷ O artigo 66.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa estabelece que “...todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.”.

ao ambiente e qualidade de vida, bem como à tutela geral da personalidade estabelecida no artigo 70.º do Código Civil³⁴⁸.

A análise deste artigo causa-nos, desde logo, alguma controvérsia em mais do que um dos pontos que visa tratar.

Em primeiro lugar, ao referir-se apenas à proibição da emissão de fumo, fuligem, vapores, cheiros, calor ou ruídos, bem como à produção de trepidação e outros quaisquer factos semelhantes, não pretende fazer uma descrição taxativa, mas apenas enumerar, entre outras, atividades que estão vedadas ao proprietário, no nosso caso de uma fração, em relação aos outros condóminos e a terceiros.

Se outra razão não existisse, bastaria o facto de a norma utilizar a expressão “...ou quaisquer outros factos semelhantes...” na enumeração da sua previsão para a taxatividade estar desde logo afastada.

Aceitamos a definição dos elementos sujeitos a esta proibição apresentada por Henrique Mesquita³⁴⁹ que afirma que só estão sujeitas “...as emissões de elementos que tenham natureza incorpórea (vapor, ruídos, correntes elétricas, raios luminosos) e as de elementos corpóreos de tamanho ínfimo (fuligem, poeira, cinza, etc.) ...”, não deixando assim espaço à proibição a líquidos (que não as águas naturais que têm tratamento individualizado) nem a outros sólidos, como fragmentos de pedra, madeira ou vidros, que possam resultar, por exemplo, de explorações ou transformações desses materiais.

Impõe-se esclarecer que não estando esses materiais englobados na proibição, poderia parecer, numa primeira análise, uma vez que esta proibição de emissão não está taxativamente prevista³⁵⁰, que a emissão destes seria, *a contrario*, permitida. Tal não é de admitir, pois, esta permissão de emissão, mais não é do que uma exceção ao conteúdo geral do direito de propriedade, consagrado no artigo 1305.^{o351}, aplicando-se

³⁴⁸ O artigo 70.º n.º 1 do Código Civil estabelece que “...a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.”.

³⁴⁹ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *Direitos Reais* (lições dactilografadas), n.º 33 - (policopiado), Coimbra, 1967, pág. 177.

³⁵⁰ Talvez com a exceção do artigo 1350 que, estabelecendo que “...se qualquer edifício ou obra oferecer o perigo de ruir, no todo ou em parte, e do desmoronamento poderem resultar danos para o prédio vizinho, é lícito ao dono deste exigir da pessoa responsável pelos danos... as providências necessárias para evitar o perigo...”, conjugado com o n.º 1 do artigo 492.º que estabelece que “...o proprietário ou possuidor de edifício... que ruir, no todo ou em parte, por vício de construção ou defeito de conservação, responde pelos danos causados...”, criando assim também uma proibição de, através da ruína do edifício, emitir para prédio vizinho materiais provenientes da ruína.

³⁵¹ O artigo 1405.º estabelece que “...o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas...”.

assim, este artigo, a todos os outros casos, só podendo o titular do direito de propriedade da fração, e mais ninguém, fazer depositar nela, materiais desse, ou de outro tipo.

A segunda questão a esclarecer prende-se com saber se os dois requisitos, previstos na norma, “*as emissões importarem prejuízo substancial para o uso do imóvel*” e “*as emissões não resultem da utilização normal do prédio de que emanam*”, são requisitos cumulativos ou se são requisitos alternativos, bastando assim, no segundo caso, que um se verifique para a emissão ser proibida.

Neste ponto, afastando-nos da posição de Menezes Cordeiro³⁵², e não concebemos que os requisitos não sejam alternativos, quer pelo termo usado pelo legislador ser “ou” e não “e”, quer por não fazer sentido que o facto de uma emissão prejudicial resultar da utilização normal de uma fração seja motivo suficiente, para a impor àqueles em cuja esfera jurídica se produzem os danos.

Atendendo também ao elemento sistemático da interpretação, tendo determinado o legislador no artigo 1422.º n.º 2 b), e considerando agora, particularmente no caso da propriedade horizontal, que está vedado ao proprietário da fração dar-lhe um uso diverso daquele para o qual está destinada, não se compreenderia que fosse permitida a emissão de elementos, ainda que não prejudiciais, que resultassem de uma utilização anormal, e portanto diferente daquela a que está destinada, da fração em causa³⁵³.

Em conclusão, entendemos que a enumeração das proibições do artigo 1346.º, tem carácter enumerativo não taxativo, e os requisitos de “*as emissões importarem prejuízo substancial para o uso do imóvel*” e “*as emissões não resultem da utilização normal do prédio de que emanam*” são alternativos, bastando que se verifique apenas um deles para a atividade estar proibida.

³⁵² CORDEIRO, A. MENEZES, «Direitos Reais», Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979, pág. 595 e 596.

³⁵³ No mesmo sentido pronunciou-se o Supremo Tribunal de Justiça, em 09 de Dezembro de 1999, n.º convencional JSTJ00039425, onde afirma “...I - Destinando-se a fração dos réus, situada em propriedade horizontal a estabelecimento comercial, não pode nela ser exercida a actividade industrial de reparação de bicicletas e motorizadas, no âmbito dos artigos 236 e 238 do C.Civil, por esta não ser acessória ou complementar da actividade da venda praticada naquela fração. II - Os condóminos, nas relações entre si, estão sujeitos, de um modo geral, às limitações impostas aos proprietários de coisas imóveis estando-lhes assim vedado, além do mais dar uso diverso do fim a que são destinados ou praticar actos ou actividades que tenham sido proibidos no título constitutivo, no quadro do artigo 1422, n. 1 do C.Civil.

III - Os condóminos das outras frações da propriedade horizontal, podem pedir, portanto a cessação de ruídos e cheiros provocados pela dita reparação de bicicletas e motorizadas, nos termos do artigo 1346 do citado diploma substantivo, e porque tais factos resultam da utilização normal da fração dos Réus. ...”

2.1.2. Instalações prejudiciais

É inegável que, sendo a proximidade existente entre vizinhos que vivem em frações, de um mesmo prédio, igual ou maior (por vezes muito maior) do que a existente entre vizinhos de prédios confinantes, o que vale para o direito de propriedade, só por si, em matéria de restrições de natureza preventiva destinadas a afastar o perigo de prejuízos, para os prédios vizinhos, desde que não perca a sua validade aplicada às especificidades da propriedade horizontal³⁵⁴, tem aqui, com já vimos, a mesma aplicabilidade.

Agora, vejamos o caso da existência de instalações prejudiciais, deixando mais para a frente a existência do perigo de ruína de obra ou construção em local da fração de um condômino, que ponha em risco a fração de outro condômino, ou parte comum do edifício³⁵⁵.

No que diz respeito à questão ora em apreço, estabelece o n.º 1 do artigo 1347.º, que “...o proprietário não pode construir nem manter no seu prédio quaisquer obras, instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas, se for de recear que possam ter sobre o prédio vizinho efeitos nocivos não permitidos por lei...”.

Este artigo não pode ser aplicado, no que ao caso da propriedade horizontal diz respeito, sem ser conjugado com o artigo 1422.º n.º 2, a), que, como adiante é aprofundado, representa um tratamento especial desta peculiar matéria, no âmbito da propriedade horizontal, excluindo, assim, desta norma, a aplicação à construção, quando em causa está a segurança, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do prédio³⁵⁶.

Porém, existe também a possibilidade de determinada construção, de dimensão reduzida, não afetar nem a segurança, nem a linha arquitetónica, nem o arranjo estético do prédio, mas opostamente poder causar prejuízo na fração de um vizinho. Imagine-se que um condômino de um andar superior coloca no terraço da sua fração,

³⁵⁴ O que aconteceria, por exemplo, com a limitação prevista no artigo 1348.º n.º 1 à faculdade do proprietário abrir no seu prédio minas ou poços ou fazer escavações, que na propriedade horizontal, pelo facto de o solo ser uma parte necessariamente comum do prédio, a própria faculdade, para o condômino, não existe e como tal torna-se impossível limitá-la.

³⁵⁵ Cf. Capítulo III, 2.1.5.

³⁵⁶ O artigo 1422.º n.º 2, a) estabelece que “...é especialmente vedado aos condôminos... ...prejudicar, quer com obras novas, quer por falta de reparação, a segurança, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício...”.

uma floreira, não isolada, cuja acumulação de água proveniente da rega provoca infiltrações na fração imediatamente abaixo. Obviamente que estamos na presença de uma violação à disposição em apreço.

A grande questão que se levanta nesta norma prende-se, então, com a forma de se avaliar até que ponto determinada substância, mantida numa determinada fração, representa perigosidade, ou potencializa eventuais prejuízos, para os vizinhos.

A opção do nosso legislador por um conceito relativamente indeterminado³⁵⁷, permitindo uma aplicação bastante ampla, limita, no entanto, a discricionariedade do aplicador da norma ao conceito da previsão legal dos efeitos nocivos. Só é possível limitar o livre direito do proprietário da fração armazenar nela o que bem entender, se existir uma qualquer lei que não permita a existência desse armazenamento, e é a existência dessa lei que determina a limitação ao direito de propriedade, que estabelece a não permissão dos efeitos nocivos sobre os vizinhos.

Imagine-se aqui que, à semelhança do que já se pronunciou o Tribunal da Relação do Porto em Janeiro de 2003, “...*viola o disposto no artigo 1347 do Código Civil, quem tem depositado junto da parede de meação com um prédio vizinho materiais queimados, do que resultou a retenção da água da chuva, que, agravando os efeitos da humidade, determina infiltrações de água no prédio vizinho, com consequentes danos...*”³⁵⁸, o que tem, claro está, também aplicação às paredes de meação existentes entre frações de prédios constituídos em propriedade horizontal, e foi essa humidade, agravada pelo depósito dos materiais queimados, o efeito nocivo que a lei pretendeu acautelar.

No que diz respeito às situações em que os efeitos nocivos produzidos sobre terceiros derivem da manutenção de substâncias não proibidas por lei, é nosso entendimento que esta norma não tem aqui aplicação, e, como tal, nessa situação, esta limitação não existe.

³⁵⁷ No Código Civil de 1867 (Código de Seabra) a opção do legislador foi por uma elencação enumerativa não taxativa, prevendo na altura, no seu artigo 2338.º “...*cloacas, fossas, canos de despejo, chaminés, lares, fogões, fornos, e aos depósitos de sal ou outras matérias corrosivas, ou que produzam infiltrações nocivas...*”, centrando assim a sua preocupação na emissão de cheiros e nas obras que proporcionasse essas mesmas emissões. No que diz respeito à existência de substâncias corrosivas a descrição da previsão legal era dada exemplificando o sal. Na atualidade existe um sem número situações de fácil disposição que, de uma forma cada vez mais conhecida, podem prejudicar terceiros) como radiações de antenas de telemóveis, por exemplo), o que tornaria obsoleta uma interpretação da norma exemplificando o sal.

³⁵⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 06 de Janeiro de 2003, n.º convencional JTRP00034968.

Se o proprietário de um andar superior tem na varanda um estendal para colocar a roupa a secar, necessariamente que gotejará sobre os estendais inferiores e sobre o terraço que eventualmente possa existir ao nível do andar térreo. Não seria concebível em nossa opinião, que o facto de o gotejar da roupa, só por si, pudesse ter, sobre o prédio inferior, o efeito nocivo de impedir a passagem ou estacionamento de viaturas, e a prática de atividades incompatíveis com a queda da água, fosse motivo para impedir o depósito da roupa molhada, para secar no local a isso destinado. Afastamo-nos assim, da opinião de Pires de Lima e Antunes Varela³⁵⁹.

Será bem diferente o caso da roupa ser colocada, no estendal, propositadamente molhada, para perturbar os condóminos inferiores, o que configuraria a figura do abuso de direito³⁶⁰, ou ainda, se estiver não só com águas, mas também com outra substância nociva, como lixívia. Neste caso, já afastaria esta atuação do conceito de utilização normal e, objetivamente, espectável de um estendal.

O facto de, a norma em apreço, só se referir a efeitos nocivos sobre prédio vizinho, não nos deve prender à letra da lei, de forma a excluir os potenciais danos sobre as pessoas que se localizem no prédio sem ter qualquer efeito nocivo, direto, no próprio prédio.

Obviamente que se deve entender, tal como defendem Pires de Lima e Antunes Varela, que se os efeitos nocivos não forem diretamente sobre o prédio mas forem sobre as pessoas – por exemplo se se mantiver determinada substância numa fração que emita radiações prejudiciais para a saúde de quem se localize nas frações próximas, o que, necessariamente, sem ser nocivo diretamente para o prédio, o desvaloriza por onerar a sua utilização – também estão, tais situações, abrangidas pela previsão do n.º 1 do artigo 1347.º, devendo ser, assim, esta norma interpretada extensivamente³⁶¹.

³⁵⁹ Em sentido contrário, LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 180, onde afirmam que “...dentro desta orientação houve, todavia, necessidade de incluir os efeitos nocivos permitidos por lei, pois há obras que prejudicam os vizinhos e que a lei expressamente permite...”

³⁶⁰ Cf. artigo 334.

³⁶¹ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 181, onde afirmam que “...quando se alude aos efeitos nocivos sobre o prédio, não se pretende restringir o âmbito do preceito às obras, instalações ou depósitos capazes de atingir apenas, diretamente o prédio... ..há que contar também com os efeitos nocivos sobre a segurança, a saúde ou a tranquilidade das pessoas, que só indiretamente atingem o prédio, desvalorizando-o em maior ou menor escala ...”

2.1.3. Escavações

O artigo 1348.º estabelece, no seu n.º 1, que “...o proprietário tem a faculdade de abrir minas ou poços e fazer escavações, desde que não prive os prédios vizinhos do apoio necessário para evitar desmoronamentos ou deslocações de terra...”. Esta norma, típica do direito de propriedade, e pensada muito mais tendo em conta a natureza dos prédios rústicos que a dos urbanos, não é pacífico que se aplique à propriedade horizontal, para além de situações muito pontuais.

A possibilidade de se proceder a uma escavação implica, desde logo, a existência de solo, o que, dada a contingência física de um prédio, só poderia acontecer por iniciativa do proprietário do andar mais baixo, R/c ou cave, ou, como derradeira hipótese, por parte do proprietário de uma fração constituída, também, por um jardim ou logradouro, desde que, obviamente, por baixo dele não existissem garagens, arrecadações ou outras frações, estando, nesta última situação, no âmbito de um terraço de cobertura, ainda que transformado em jardim, e nunca na presença de solo.

Mantendo a nossa opinião anteriormente expressa em sede de estudo das partes comuns³⁶², o solo no qual não esteja implantado o edifício, não será comum desde que a presunção do artigo 1421.º, n.º 2 a) seja ilidida, estando assim, do ponto de vista da propriedade horizontal, apto a ser sujeito a escavações.

A razão de ser das escavações, e pelo menos no que a este preceito diz respeito, parece prender-se com a construção de minas, poços e construções afins. A própria evolução legislativa, atenta a legislação anterior, *maxime* artigosº 2321.º e 2323.º do Código Civil de 1867, referindo-se o primeiro a “*minas, poços e escavações*” e o segundo a “*poços, fossos, valas ou canos de despejo junto a muros*”, estabelece esta limitação ao exercício do direito de propriedade, para limitar os esforços construtivos, com externalidades negativas, na busca de água, seu armazenamento e orientação e sua expulsão.

Obviamente que, por razões práticas e legais, é cada vez mais difícil encontrar um prédio constituído em propriedade horizontal que não tenha, *ab initio*, abastecimento e saneamento de águas, bem como um sistema de canalização coletivo

³⁶² Cf. Capítulo II, 1.2.1.1.1.

(o que não significa que a água possa, de igual forma, ser aproveitada de um poço ou de um furo e serem as águas residuais drenadas para uma fossa).

Efetivamente, na propriedade horizontal, nos dias de hoje, e embora não se tenha encontrado fontes jurisprudências de decisão com base nesta norma, em sede deste direito real, só se compreende que esta disposição se aplique nas construções de instrumentos lúdicos em logradouros autónomos de condóminos, como no caso da construção de uma piscina. Nesta, para além das limitações comuns na propriedade horizontal previstas no artigo 1422.º, n.º 2 a), que mereceram tratamento em local próprio³⁶³, ficam ainda limitados os condóminos à realização de qualquer obra que implique escavações, se esta obra fizer perigar o próprio edifício objeto da propriedade horizontal, e, como tal, faça perigar os direitos dos outros condóminos, bem como obras que impliquem a diminuição do apoio necessário, para evitar desmoronamentos ou deslocamentos de terras.

Neste caso, e atento ao referido em sede de limitações ao exercício de direitos³⁶⁴, o condómino que pretende fazer, num logradouro próprio, obra ou construção que implique escavação ou movimento de terras (esquecendo-se, uma vez mais aqui, as questões ligadas a limitações de direito administrativo) poderá ter que afastar, ainda, uma dupla limitação. Por um lado, com obra nova não pode pôr em causa a segurança do edifício³⁶⁵, nem pode privar os prédios vizinhos do apoio necessário para evitar desmoronamento³⁶⁶, e, por outro lado, não pode alterar a linha arquitetónica do edifício³⁶⁷.

Antecipando eventuais objeções, deverá adiantar-se que a questão da alteração da linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício, desde a alteração processada pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, pode ser contornada, mediante prévia autorização da assembleia de condóminos, aprovada por maioria representativa de dois terços do valor total do prédio³⁶⁸.

Neste ponto, pode-se levantar a pertinente questão de, caso um condómino, integrado na maioria de dois terços, aprove a construção, se poderá ou não, depois ou até ao mesmo tempo, reagir contra ela como titular de um direito que possa ser

³⁶³ Cf. Capítulo III, 2.2.

³⁶⁴ Cf. Capítulo III, 2.1.

³⁶⁵ Cf. artigoº 1422, n.º2, a).

³⁶⁶ Cf. artigoº 1348, n.º1.

³⁶⁷ Cf. artigoº 1422, n.º2, a).

³⁶⁸ Cf. artigoº 1422, n.º3.

perigado por força da escavação ou deslocação de terras, ou se tal se poderia considerar como uma não consentida atuação, porque em abuso de direito.

Em nosso entendimento, como melhor explicamos no local próprio³⁶⁹, tratando-se de direitos com natureza diferente, o facto de um condómino aprovar uma alteração estética ou arquitetónica, ainda que se considere abuso de direito, pôr em causa, posteriormente, essa alteração estética, em nada pode diminuir a sua faculdade de atuação contra obras que ameacem a segurança do edifício.

Assim consideramos, admitindo que o condómino tem a autorização necessária da assembleia de condóminos, do ponto de vista estético ou de alteração da linha arquitetónica, para proceder a uma escavação em solo seu inserido no condomínio, tem ainda a limitação de não poder, nem no edifício nem em nenhuma fração, privar os apoios necessários para evitar desmoronamentos ou deslocações de terras.

2.1.4. Passagem forçada momentânea

O artigo 1349.º prevê dois regimes diferentes de passagem forçada momentânea, um para ocupação temporária de prédio alheio para construção ou reparação em prédio próprio, e outro para intrusão temporária para recuperação de coisa que acidentalmente aí se encontre. As especificidades de cada uma das situações justificam um tratamento autónomo, ao qual passaremos agora.

2.1.4.1. Ocupação temporária de prédio alheio para construção ou reparação em prédio próprio

O artigo 1349.º, estabelece no seu n.º 1, que “...se, para reparar algum edifício ou construção, for indispensável levantar andaime, colocar objetos em prédio alheio, fazer passar por ele os materiais para a obra ou praticar outros atos análogos, é o dono do prédio obrigado a consentir nesses atos...”. No mesmo sentido, estabelece o n.º 2 do mesmo artigo que “...é igualmente permitido o acesso a

³⁶⁹ Cf. Capítulo III, 2.2.

prédio alheio a quem pretenda apoderar-se de coisas suas que acidentalmente nele se encontrem; o proprietário pode impedir o acesso, entregando a coisa ao seu dono...”.

A existência do direito de propriedade, *maxime* a propriedade de imóveis, não pode ser vista de uma forma isolada das dos imóveis envolventes, com especial acuidade no caso da propriedade horizontal que liga as diferentes frações com partes comuns, pois os mesmos têm influência sobre cada um em matérias de suporte de estrutura, sobrecarga da envolvente e até em coisas tão simples como as vistas que permite ou bloqueia. O ponto de vista atual quanto à natureza do direito de propriedade, ao contrário do ponto de vista “*utendi et abutendi*” romanista³⁷⁰, não considera o direito de propriedade como um direito absoluto e ilimitado, mas sim como um direito limitado, não obstante a sua natureza e consagração constitucional, no seu exercício, pelos direitos coletivos e individuais da sociedade em que nos inserimos, conferindo-se assim um carácter social³⁷¹ ao direito de propriedade.

Estabelecendo, o artigo 1349.º duas situações em que a passagem momentânea é permitida, uma contra a vontade do proprietário e a outra independentemente da sua vontade, a primeira questão que se nos levanta é se estaremos ou não perante uma servidão, no caso servidão legal. Analisemos as questões isoladamente.

Relembrando o n.º 1 do artigo em causa, caso se considerasse que estávamos na presença de uma servidão³⁷², no caso servidão de passagem³⁷³, não se compreenderia porque teria o legislador colocado este preceito inserido no título do direito de propriedade, na secção dos seus limites materiais e não, como seria de

³⁷⁰ As concepções romanistas da propriedade (*dominium*) consideravam que o proprietário poderia usar e abusar desse direito (*utendi et abutendi*). A doutrina social cristã, como o expressa João Paulo II, estabelece que *a propriedade privada dos bens está sempre sob hipoteca social e, portanto, a dever servir o bem comum*. A este respeito, D. António Ferreira Gomes proclama: *em vez de uma sociedade assente sobre a posse de bens terrenos com ius utendi et abutendi, podemos idear uma sociedade em que o uso pessoal e familiar dos bens seja ius procurandi et dispensandi. Em vez de uma sociedade assente sobre a propriedade como fonte de poder, não é difícil idear uma sociedade que considere a propriedade como princípio e garantia de liberdade pessoal. Em vez de uma sociedade assente sobre o ter, podemos idear uma sociedade em que o homem se valore pelo ser.*” (MALTEZ, JOSÉ ADELINO, in <http://maltez.info/aaanetnovabiografia/Conceitos/Utendi%20et%20abutendi.htm>.

³⁷¹ O carácter social do direito de propriedade integra o seu estatuto de direito real. Se não aceitássemos que existisse uma componente social nesse estatuto, teríamos que aceitar, por exemplo, que alguém com dinheiro suficiente para adquirir toda a terra arável poderia, comprando-a e forçando-a ao abandono agrícola, deixar toda a população à fome.

³⁷² Servidão é, nos termos do artigo 1543.º “...o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente...”

³⁷³ Servidão de passagem é uma servidão de origem legal, prevista no artigo 1550.º, e consta do direito concedido aos “...proprietários de prédios que não tenham comunicação com a via pública, nem condições que permitam estabeleça-la sem excessivo incomodo ou dispêndio... (de terem) ...a faculdade de exigir a constituição de servidões de passagem sobre os prédios rústicos vizinhos...”.

esperar, no título relativo às servidões prediais. Pires de Lima e Antunes Varela³⁷⁴ referem que na legislação do Código de Seabra este instituto era regulado como “*servidão momentânea de passagem*”, isto inserido “...no capítulo relativo ao direito de acesso ou trânsito, e, portanto, conjuntamente com a servidão legal de passagem para prédios encravados, como um tipo de variante especial da servidão legal de passagem...”³⁷⁵. Mesmo tendo sido intenção do autor do anteprojeto do nosso Código inserir o direito de passagem momentânea no título das servidões, a sua tese não logrou êxito, tendo-se considerado essencial para a autonomização deste instituto em sede de limitações ao direito de propriedade, fora portanto das servidões, o facto de lhe faltar “*perpétua causa*”.³⁷⁶ Optando também por não considerar esta limitação uma servidão mas, aparentemente, mesmo um direito potestativo, pronunciou-se o Tribunal da Relação do Porto em 12 de Janeiro de 1999, afirmando que “...a faculdade de acesso a prédio alheio, prevista no artigo 1349 do Código Civil, resulta de uma restrição ao direito de propriedade imposta diretamente pela lei, não exigindo, portanto, o seu exercício, a prévia constituição de uma servidão ou uma autorização judicial...”³⁷⁷.

Assente que está que estamos na presença de uma limitação ao direito de propriedade e não de uma servidão, cabe-nos agora a análise desta limitação. As dúvidas desta norma prendem-se com quatro diferentes ordens de ideias, que são:

- i) se esta limitação se aplica só motivada pela reparação de um edifício pré existente ou se se aplica a construções novas;
- ii) o significado do conceito de indispensabilidade da passagem;
- iii) quem está obrigado à cedência de intrusão; e
- iv) quem é o titular do direito de intrusão no prédio alheio.

A análise destas quatro situações reveste-se de particular importância uma vez que o impedimento de passagem momentânea é gerador de responsabilidade civil nos

³⁷⁴ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 183 ss.

³⁷⁵ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 183.

³⁷⁶ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 184.

³⁷⁷ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 12 de Janeiro de 1999, n.º convencional JTRP00024961

termos do artigo 483.º e seguintes, e o exercício desse direito é gerador de responsabilidade objetiva por factos lícitos, nos termos do n.º 3 do artigo 1349.º³⁷⁸.

Analisemos assim as quatro situações.

i) No que diz respeito à primeira das situações, é claro que o legislador não foi feliz na escolha dos termos. Se partirmos do texto da norma correspondente no Código de Seabra³⁷⁹, no seu artigo 2314.º, em tudo semelhante à atual norma com a exceção de lá só vir prevista a expressão “*reparar algum edifício*” e não, como agora, “*repara algum edifício ou construção*”, e não obstante, como vimos, na altura ser esta limitação vista não como uma limitação propriamente dita ao direito de propriedade, mas sim como uma servidão, verificamos que já era aplicada também a construções novas. José Dias Ferreira³⁸⁰, referindo-se à questão, afirmava que não o contemplando diretamente, deveria ser interpretado extensivamente de forma a integrar a possibilidade de se aplicar a construções novas, exemplificando “*...pelo interesse de desinvolver a edificação, custa a admitir que o dono de um terreno, onde esteve situado um prédio que veio todo ao chão em consequência de um tremor de terra, possa aproveitar-se da servidão para o reedificar, e que não possa valer-se da mesma servidão se quiser edificar de novo em terreno, que nunca teve construções...*”. Intui-se que o acrescento da expressão “*ou construção*” se refere especificamente a construções novas, tendo mesmo sido esse o espírito que dominou na Comissão Revisora de 1957³⁸¹. No mesmo sentido se pronunciaram também Henrique Mesquita³⁸² e Cunha Gonçalves, este último citado por Pires de Lima e Antunes Varela³⁸³, bem como o Tribunal da Relação de Lisboa em 25 de Maio de 2006³⁸⁴, onde no segundo ponto do sumário refere “*...o referido preceito deve*

³⁷⁸ Reza o n.º 3 do artigo 1349.º que “*...em qualquer dos casos previstos neste artigo, o proprietário tem direito a se indemnizado do prejuízo sofrido...*”.

³⁷⁹ Artigo 2314.º do Código Civil Portuguez de 1868: “*Se for indispensavel, para reparar algum edificio, levantar andaimes, collocar alguns objectos sobre predio alheio, ou fazzer passar por elle os materiaes para a obra, será o dono do dicto prédio obrigado a consentil-o, com tanto que seja indemnizado de qualquer prejuízo, que d’ahi lhe provenha.*”

³⁸⁰ FERREIRA, JOSÉ DIAS, *ob. cit.*, pág. 76, onde afirma que “*...ainda que que o código não menciona este caso de servidão, e posto que a materia de restricção do direito de propriedade a interpretação não possa ser extensiva, cremos que em virtude dos pricipios geraes, que regem o assumpto, também a previsão do artigo deve ser applicada ao facto de construcções novas.*”

³⁸¹ Cf. LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 184.

³⁸² MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1967

³⁸³ Cf. LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 184.

³⁸⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 25 de Maio de 2006, processo n.º 2764/2006-8.

interpretar-se extensivamente de forma a abranger a necessidade de acesso tanto para a reparação de prédios já construídos como para a conclusão de trabalhos de prédios em construção...”. Assim, acompanhando a generalidade da doutrina, a jurisprudência firme e constante e, a nosso ver, o próprio espírito da lei, também nos juntámos àqueles que entendem como correta a interpretação extensiva do preceito, abarcando não só a sua aplicação no caso de reparação de prédios já construídos, como também a sua aplicação à construção de prédios novos, sempre como direito potestativo.

ii) Quando a norma se refere, para reconhecer a existência deste direito potestativo de passagem forçada momentânea, à indispensabilidade de utilização do prédio do vizinho, ou fração do prédio no caso da propriedade horizontal, não pode ser vista ou interpretada de uma forma literal que considere o termo indispensável como algo que não admite qualquer outra hipótese. Com o desenvolvimento tecnológico, e esquecendo as limitações económicas, na quase totalidade das vezes seria possível evitar a utilização do prédio ou da fração de um vizinho para se proceder a uma reparação ou construção num outro prédio, nem que para isso se tivesse, e fosse possível, recorrer a helicópteros que segurassem em permanência, máquinas, homens e materiais, suspensos, sobre a obra. O conceito de indispensabilidade não pode ser interpretado de outra forma que não o da razoabilidade, razoabilidade essa que deve ser vista, quer ao nível do transtorno que justifique ao proprietário do prédio ou fração vizinha a oposição à passagem momentânea, quer ao nível da avaliação de custo/benefício feita em sede de prejuízos causados ao prédio onerado com a sujeição de cedência de passagem momentânea e da poupança produzida, em relação a outras soluções, não invasivas, para realizar a mesma obra sem recorrer ao prédio vizinho.

Prevendo o n.º 3 do artigo 1349.º que “...em qualquer dos casos... ...o proprietário tem direito a ser indemnizado do prejuízo sofrido...” a capacidade de reparação do prejuízo funciona, só por si, como um limite ao exercício deste direito potestativo pois, se, por exemplo, a forma mais simples e menos dispendiosa de reparar uma parede implicar a colocação de máquinas no local em que se encontram plantadas flores raras e insubstituíveis no prédio do vizinho, é óbvio que, por a destruição das mesmas ser irreparável, seria abusivo impor-se ao proprietário das flores tal perda. Neste caso, só uma indispensabilidade absoluta, uma situação em que

não existisse mais nenhuma forma de proceder à obra ou reparação, legitimaria o exercício da passagem momentânea.

Dessa mesma forma, a razoabilidade da análise da indispensabilidade, quando se comparem custos e benefícios da utilização de um prédio ou fração vizinhos em detrimento de solução diferente, não invasiva de terceiro, não pode ser avaliada verificando-se somente qual é a mais prática e mais económica das soluções. O conceito de indispensabilidade, ainda que interpretado extensivamente, obriga a uma desproporcionalidade considerável de custos, obrigando a que só se faça uso do direito de passagem, se for, não apenas mais fácil ou mais barato, mas sim, se for mais fácil e mais barato ao ponto de se considerar que o homem médio³⁸⁵ aceitaria e consideraria justificada essa limitação ao direito de propriedade.

No mesmo sentido, na análise supra descrita do custo/benefício, o custo para o titular do direito de propriedade limitado pela passagem momentânea deverá ser observado subjetivamente, mas tendo apenas em conta as razões que se prendam diretamente com a limitação e não outras diferentes que, não poucas vezes, alimentam desaguizados entre vizinhos, considerando-se assim, em nossa opinião, qualquer oposição à passagem forçada momentânea assente num motivo que, em abstrato, pudesse ser legítimo, mas no caso concreto não o seja³⁸⁶, sancionável em sede de abuso de direito³⁸⁷.

Este entendimento também foi o assumido pelo Tribunal da Relação do Porto, em 12 de Outubro de 2004³⁸⁸, tendo justificado a sua decisão afirmando “...*Numa interpretação restritiva, assente numa perspetiva clássica do direito de propriedade, traduzido no brocardo latino do direito de propriedade como sendo um direito de “utendi et abutendi” não podemos falar da indispensabilidade dessa invasão do prédio dos RR., porque é fisicamente possível aos AA. eliminar – como ficou demonstrado - as humidades através de ações desenvolvidas por dentro do prédio*

³⁸⁵ Para mensurar a razoabilidade da imposição da limitação no prédio ou fração do vizinho, propomos, por outro melhor faltar, a aplicação do critério do “Bom Pai de Família” aplicado como elemento de imputação de culpa, em sede de responsabilidade civil, prevista no artigo 487.º, n.º 2, que reza que “...*a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso...*”.

³⁸⁶ O que aconteceria, por exemplo, caso o proprietário do prédio vizinho se opusesse à passagem momentânea sobre ele alegando um permanente ruído produzido pelas máquinas que não permitisse o sono das pessoas que dormissem na sua propriedade, e a propriedade estivesse desabitada não dormindo lá ninguém.

³⁸⁷ Cf. artigo 334.º.

³⁸⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 12 de Outubro de 2004, n.º convencional JTRP00037241.

destes. Assim, nessa perspectiva, claramente que a ação de suprimento estava votada ao insucesso.

Mas hoje, o direito de propriedade não é entendido com um direito absoluto. Ele tem também uma função social. Essa função social está até constitucionalmente consagrada, pelo que o direito de propriedade, quanto mais não seja, para lá de situações juridicamente tipificadas, encontra-se também limitado pelos atos abusivos, de cariz nitidamente emulativa. Assim, não se justifica que, no artigo 1349.º-1 do CC. (já acima transcrito), seja dado ao conceito de “indispensabilidade” de colocação de andaimes no prédio vizinho e passagem de homens e materiais através dele, um sentido de apenas indispensabilidade física, por não se poder realizar a obra senão dessa forma. Na verdade, a “indispensabilidade” da medida pode assentar noutras razões, nomeadamente, de cariz económico ou técnico, e de razoabilidade. E nessa perspectiva, se é uma má solução técnica a realização da obra de impermeabilização da parede feita a partir do interior do prédio dos AA., e se através desse meio a obra ficará economicamente muito mais gravosa, torna-se razoável admitir que seja “indispensável” realizá-la com entrada e passagem momentânea no prédio vizinho para realizar essa intervenção. É que na verdade, não se vêem razões objetivas que socialmente possam justificar essa proibição. Na verdade, estando salvaguardado na lei o direito do dono do prédio ser indemnizado pelos prejuízos que essa atuação do vizinho lhe venha a provocar – artigo 1349.º-3 do CC.-, só razões de inimizade pessoal, como está admitido nos autos, podem servir de pretexto para suportar a dimensão de tal intransigência...”

iii) Do que resulta, numa leitura literal, do texto da lei, o sujeito passivo do direito de intrusão seria unicamente o proprietário do prédio vizinho, o que se reflete na expressão constante do artigo “...é o dono do prédio obrigado a consentir...”

No entanto, se só se considerasse o proprietário como sujeito passivo deste direito seria muito difícil, e por vezes até mesmo impossível, executar a faculdade concedida ao titular.

Caso a obra implique a utilização de um prédio vizinho sobre cuja propriedade tenha sido constituído um usufruto ou outro direito real, ou mesmo se o prédio se encontrasse arrendado, não seria concebível executar o direito sem a não oposição do usufrutuário ou outro titular real, ou ainda do arrendatário. Esta questão, que parece, à partida, estar pouco tratada pela doutrina, é merecedora de especial atenção, entre

outros motivos, pelo facto de a indemnização prevista no n.º 3 do artigo 1349.º, respeitando expressamente a letra da norma, só aproveitar ao proprietário do prédio vizinho.

Porventura, se sobre o prédio recair um direito de usufruto ou estiver arrendado é, muito provavelmente, sobre o usufrutuário ou sobre o arrendatário que recairão os prejuízos da passagem forçada momentânea. Será justo, aqui, só se permitir a reparação dos prejuízos a alguém que dificilmente os terá, e desproteger-se aqueles que efetivamente sofrem com o direito de passagem forçada? A questão merece uma análise individualizada no que diz respeito à existência sobre o prédio, onerado com o direito de passagem, de um direito real menor ou um contrato de arrendamento.

Imaginemos que estamos perante um prédio constituído em propriedade horizontal que, para ser possível realizar uma obra numa das frações é indispensável elevar um andaime no terraço privativo da fração vizinha, fração essa propriedade de um sujeito A e sobre a qual foi constituído um usufruto vitalício em favor do sujeito B, ou do qual o sujeito B é inquilino. Imaginemos ainda que a colocação dos andaimes impediu o acesso à garagem por parte de B, o que o obrigou a pagar o estacionamento do seu automóvel numa estação de recolhas pelo período que durou a obra, e danificou o chão de cimento existente numa parte mais à frente da garagem.

Centrando-nos primeiro no caso de usufruto, que diz respeito às obras e melhoramentos da coisa usufruída, quer se trate de benfeitorias úteis, quer se trate de benfeitorias voluptuárias, são da vontade e da responsabilidade do proprietário, não podendo o usufrutuário a elas se opor, contanto que não diminuam o valor do usufruto. Como as benfeitorias se integram na coisa usufruída também sobre elas recairá o usufruto. No entanto, se as benfeitorias aumentarem o rendimento da coisa, o aumento é do proprietário³⁸⁹. No que diz respeito a benfeitorias necessárias, este tipo de benfeitorias, em sede de usufruto, tem duas formas de tratamento diferentes. Por um lado, quando se trate de despesas ordinárias – aquelas previsíveis e de repetição sazonal – são da responsabilidade do usufrutuário, enquanto, por outro, as extraordinárias, são da responsabilidade do proprietário³⁹⁰. É então claro aqui que, no caso da reparação do chão danificado, cuja obra se definiria como benfeitoria

³⁸⁹ Cf. artigo 1471º, n.º 1 e 2.

³⁹⁰ Cf. artigos 1472º e 1473º.

necessária³⁹¹, sendo a mesma da responsabilidade do proprietário, bem anda a lei ao considerar que o sujeito titular da indemnização, nos termos do n.º 3 do artigo 1349.º, é esse mesmo proprietário.

No caso do arrendamento a solução legal é ligeiramente diferente. Nos termos do n.º 1 do artigo 1074.º, “...*cabe ao senhorio executar todas as obras de conservação, ordinárias ou extraordinárias, requeridas pelas leis vigentes ou pelo fim do contrato, salvo estipulação em contrário...*”. Assim, salvo afastamento do regime supletivo previsto nesta norma, sendo o proprietário o responsável pelas obras de reparação, será ele também o titular do direito à indemnização. Caso o contrato estabeleça uma diferente assunção dos custos com obras no locado, não no parece equilibrada solução diferente da de a titularidade do direito à indemnização seja proporcional a essa convenção.

No que diz respeito, no nosso exemplo, à privação de acesso à sua garagem, aqui, quer no caso usufrutuário, quer no caso do arrendatário, já não se pode considerar que a sua reparação, indemnizando o valor que despendeu para pagar o estacionamento exterior que as obras motivaram, se enquadre no âmbito de benfeitorias.

Em relação ao usufruto, sendo um direito real menor que assenta, por oneração, no direito de propriedade, por maioria de razão, nele e em qualquer outro direito real, todas as utilidades retiradas da coisa, semelhantes às que se retiraria como proprietário, existem agora em benefício do titular do direito real menor, o que nos leva a considerar que, também em relação ao direito de indemnização proveniente do direito de passagem forçada momentânea, a norma que prevê que o titular desse direito é o proprietário, deve ser interpretada extensivamente, incluindo na sua previsão não só o proprietário, mas também qualquer titular de um direito real sobre a coisa, que tenha prejuízos cuja fonte tenha sido o exercício do direito potestativo de passagem forçada³⁹².

Em relação ao arrendamento, que como forma de locação, é um contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa,

³⁹¹ Prevê o n.º 3 do artigo 216.º que “*são benfeitorias necessárias as que têm por fim evitar a perda, destruição e deterioração da coisa...*”.

³⁹² No caso do usufruto, a evidência da necessidade de interpretação extensiva ainda se torna mais clara do que nos outros direitos reais de gozo menores, por força da previsão do artigo 1449.º que estabelece que “*...o usufruto abrange as coisas acrescidas e todos os direitos inerentes à coisa usufruída...*”, onde se deve incluir necessariamente, como direito inerente à coisa usufruída, a indemnização por atos lícitos em apreço.

mediante retribuição, a situação é idêntica à do usufruto. Também aqui todas as utilidades retiradas da coisa, semelhantes às que se retiraria como proprietário, existem agora em benefício do arrendatário, o que nos leva a considerar que, em relação ao direito de indemnização proveniente do direito de passagem forçada momentânea, a norma que prevê que o titular desse direito é o proprietário deve também ser interpretada extensivamente, e incluir o arrendatário. Igual solução preconizou a lei, no Código das Expropriações³⁹³, onde estabelece, no n.º 1 do artigo 30.º, que “...o arrendamento para comércio, indústria ou exercício de profissão liberal, ou para habitação no caso previsto no n.º 2 do artigo 9.º, bem como o arrendamento rural, são considerados encargos autónomos para efeito de indemnização dos arrendatários...”.

Em conclusão, defendemos que quem está obrigado à cedência de intrusão e, ulteriormente, é titular do direito à indemnização pelos prejuízos causados, quer o proprietário, quer o titular, ou titulares, de outros direitos reais menores, quer ainda o arrendatário, na medida em que sofram prejuízos com essa passagem.

iv) A norma constante no n.º 1 do artigo 1349.º não especifica quem é o titular do direito de passagem momentânea, centrando-se unicamente naquele que está obrigado a consentir a passagem. É pertinente sabermos se só poderá exercer esse direito o proprietário (ou titular de um outro direito real de gozo) do prédio ou fração adjacente, ou alguém em seu nome, ou, independentemente da titularidade de qualquer direito, se somente a necessidade de facto seja, por si, requisito suficiente para o exercício da passagem. Sendo a lei, neste ponto, omissa, não limitou, nem pela positiva nem pela negativa, o acesso ao exercício desse direito subjetivo a ninguém especificamente, nem ao titular do direito real, nem a qualquer outra pessoa. Opostamente, restringiu o seu exercício apenas a todo aquele para quem for “*indispensável levantar andaime, colocar objetos sobre prédio alheio, fazer passar por ele materiais... (etc.)*”, ou seja, todo aquele que tenha um interesse tutelado nisso, “*...para reparar algum edifício ou construção...*”, o que tanto pode ser fundado não só num direito real de propriedade, ou noutra menor, como também num direito de crédito, numa obrigação, ou mesmo, numa vontade juridicamente legítima.

³⁹³ Lei n.º 168/99, de 18 de Setembro.

No mesmo sentido pronunciou-se o Tribunal da Relação do Porto, em 21 de Novembro de 2002, onde, sumariamente, na sua decisão considerou que “...a norma do artigo 1349 n.1 do Código Civil não estabelece qualquer limitação sobre quem poderá exercer o direito aí previsto, manifestando-se o seu conteúdo por forma a dever entender-se que confere legitimidade ativa a quem mostre fundado interesse em efetuar a obra, designadamente o vendedor ou o empreiteiro, obrigados a reparar os defeitos detetados na coisa vendida ou na obra realizada...”³⁹⁴.

2.1.4.2. Intrusão temporária para recuperação de coisa que acidentalmente aí se encontre

Estabelece ainda o n.º 2 do artigo 1349.º que “...é igualmente permitido o acesso a prédio alheio a quem pretenda apoderar-se de coisas suas que acidentalmente nele se encontrem; o proprietário pode impedir o acesso, entregando a coisa a seu dono...”. O alcance desta norma, que bem merece estudo mais aprofundado, levanta-nos questões a ser avaliadas a três níveis diferentes:

- i) natureza do direito de passagem;
- ii) exercício em abuso de direito; e
- iii) destino jurídico a dar à coisa acidentalmente caída sem que o proprietário esboce vontade da sua recuperação.

Analisemos assim as três situações.

i) A natureza do direito de passagem, embora aqui mais próxima de uma servidão momentânea que no caso anterior (aqui trata-se de uma atuação isolada, a passagem, e não de uma ocupação por um determinado período de tempo) é, em nosso entender, também uma clara limitação ao direito de propriedade. O que aqui está em causa não é propriamente o direito a passar, mas tão-somente o direito que

³⁹⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 12 de Outubro de 2004, n.º convencional JTRP00035285.

tem, o titular da coisa acidentalmente caída, de exercer a sequela³⁹⁵ numa forma especial em relação às formas comuns de exercício da mesma³⁹⁶, e possibilitar que essa mesma coisa regresse ao seu domínio material. Assim, neste caso concreto, não se podendo opor à recuperação por iniciativa do dono, o que o titular do direito de propriedade sobre o prédio em que acidentalmente a coisa caiu tem que optar, se permite que o interessado passe sobre o seu imóvel para recolher a coisa ou, se, caso assim o prefira, ele próprio recolha a coisa em questão e a entregue ao seu dono.

A par desta forma de exercício da sequela, a lei também estabelece soluções similares, como acontece no artigo 1322.º, referente ao direito que assiste ao proprietário de um enxame de abelhas para o perseguir e capturar em prédio alheio e ainda no artigo 1367.º, que estabelece que “...o proprietário de árvore ou arbusto contíguo a prédio de outrem ou com ele confinante pode exigir que o dono do prédio lhe permita fazer a apanha dos frutos, que não seja possível fazer do seu lado; mas é responsável pelo prejuízo que com a apanha vier a causar...”.

ii) Tomando atenção agora ao conteúdo da norma, torna-se necessário verificar o que pode acontecer se aquele que pretenda recuperar coisa sua, caída em prédio alheio, não a tenha visto cair acidentalmente mas tenha, propositadamente, e por vezes até repetidamente, feito a coisa cair na fração do vizinho, com o único intuito de

³⁹⁵ Sequela ou seguimento – (característica dos direitos reais que deriva diretamente da eficácia absoluta) significa que o direito real, o próprio direito em si, segue a coisa para onde ela for, podendo, o titular do direito em causa, devido a isso, fazer-se valer do seu direito onde quer que a coisa se encontre. Normalmente, e a nosso ver de uma forma pouco precisa, define-se sequela como o direito do titular seguir a coisa. O direito do titular seguir a coisa não é em si mesmo uma característica do direito real e, como tal, não é também sequela, sendo, isso sim, uma consequência dessa mesma sequela. O que me confere o direito de seguir uma coisa de que sou proprietário não é, em si mesmo, um direito próprio meu, mas sim uma consequência do direito real – do qual eu sou titular – que acompanha a coisa onde quer que ela esteja. Isto permite que o titular do direito real o possa sempre fazer exercer mesmo que o objeto, sobre o qual incide o seu direito, entre no domínio material de outro sujeito, podendo exigir a coisa de quem a tenha tomado quer por ato material (por ex. furto) quer por ato jurídico (por ex. venda de bens alheios).

³⁹⁶ Existem duas formas de exercício comum da sequela, uma judicial e outra, subsidiariamente e quando a primeira não é viável, extrajudicial. Judicialmente apresenta-se-nos a ação de reivindicação – (Cf. artigo 1311.º do Código Civil) este é, processualmente, o meio de manifestação da sequela por excelência. O titular do direito real que se vê excluído do poder direto e imediato sobre a coisa objeto do seu direito requer ao Tribunal que reconheça o seu direito e que lhe devolva a sua posse. Não obstante isso o requerimento feito ao Tribunal pode revestir a forma de ação de simples apreciação quando o sujeito que está a por em causa o direito á a por em causa o direito real tem legitimidade – por exemplo através de um direito de crédito – para se manter na detenção material da coisa mas, juridicamente, não tem sobre ela um direito real. Extrajudicialmente, apresenta-se-nos a ação direta – (cf. artigo 1314.º do Código Civil) quando o recurso ao Tribunal por meio de ação de reivindicação, ou o recurso a outro meio coercivo normal, for, em tempo útil, insuficiente para evitar a inutilização do direito real – o que acontece por exemplo se um automóvel furtado estiver na iminência de ser retirado do país – é lícito o recurso particular do titular do direito real à força.

o perturbar e lhe provocar incomodo com a sua recuperação. Nesta situação carece, antes de mais, resposta, se o enquadramento desta ação se faz ou não no instituto do abuso do direito.

O instituto do abuso do direito, previsto no artigo 334.º, estabelece que “...*é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito...*”. A situação sobre a qual nos debruçamos poderia aparentemente integrar a figura de *abuso do direito individual* pois, nas palavras de *Heinrich Ewald Hörster*³⁹⁷ “...*o exercício do direito estaria em princípio a coberto da norma... ...mas no caso concreto existem circunstâncias ou relações especiais em virtude das quais o exercício do direito, a invocação da norma, incorre em contradição com a ideia de justiça...*”, o que, na realidade, não é o que se verifica nesta situação, uma vez que a lei é clara em assegurar somente o direito de passagem quando o objeto cai *acidentalmente* no prédio do vizinho, e não quando se o faz cair *intencionalmente*.

O abuso do direito aqui coloca-se muito mais ao nível da prova do *acidental* e não num abuso que se prenda com a própria passagem em si. Se a queda de objeto no prédio do vizinho for evidentemente propositada, ou se, pelo menos, a repetição constante de quedas leve a que a sua previsibilidade, inerente à sua repetição, nos possa fazer concluir que, no mínimo, não estavam a ser tomadas as providências para que fosse evitada, muito dificilmente se poderia fazer prova da falta de accidentalidade, restando assim, ao titular do prédio em que a coisa cai, o recurso ao abuso de direito para impedir o funcionamento da limitação.

Então, a diferença existente no tratamento jurídico a dar à situação da queda no prédio do vizinho, *acidental* ou *propositadamente*, pelo menos no imediato, não se prende com a propriedade da coisa, nem sequer com a manutenção da sequela, pois independentemente do que fez a coisa parar em prédio alheio a sequela desta mantém-se no seu proprietário. A diferença coloca-se na forma como a sequela vai ser exercida e, acima de tudo, em sede de ação direta da mesma. Quando alguma coisa móvel de alguém, seguindo o regime regra, se encontra colocada dentro de um prédio de outrem, a sequela pode ser exercida por via de ação de reivindicação – (Cf. artigo 1311.º do Código Civil) o que é, processualmente, o meio de manifestação da sequela

³⁹⁷ HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 284

por excelência. O titular do direito real que se vê excluído do poder direto e imediato sobre a coisa, objeto do seu direito, requer ao Tribunal que reconheça o seu direito e que lhe devolva a sua posse. Não obstante isso, o requerimento feito ao Tribunal pode revestir a forma de ação de simples apreciação quando o sujeito que está a pôr em causa o direito real tem legitimidade – por exemplo através de um direito de crédito – para se manter na detenção material da coisa, mas, juridicamente, não tem, sobre ela, um direito real.

Subsidiariamente, quando o recurso ao Tribunal por meio de ação de reivindicação, ou o recurso a outro meio coercivo normal, for, em tempo útil, insuficiente para evitar a inutilização do direito real – o que acontece por exemplo se um automóvel furtado estiver na iminência de ser retirado do país – é lícito o recurso particular, do titular do direito real, à força através da ação direta – (Cf. artigos 336.º e 1314.º do Código Civil).

Com o direito de passagem forçada previsto no n.º 2 do artigo 1349.º, excecionalmente, a subsidiariedade da ação direta converte-se no meio adequado de reação, permitindo o recurso à força, que se consubstancia na própria passagem, sem necessitar de qualquer ação prévia, mesmo que possa existir outro meio coercivo normal que, em tempo útil, fosse suficiente para evitar a inutilização do direito real. O exercício dessa ação direta pode ser evitado pelo dono do prédio, tomando este a iniciativa de devolução em causa.

iii) Por último, acresce analisar o destino jurídico a dar à coisa acidentalmente caída no prédio do vizinho quando o proprietário não a vá recuperar, nem o dono do prédio a devolva.

No local paralelo do código, já acima referido, do artigo 1322.º, referente ao direito de seguir e capturar um enxame de abelhas, através prédio alheio, o que também é um direito de passagem forçada momentânea, neste caso concreto o direito do proprietário das abelhas só se mantém desde que as persiga, logo que tome conhecimento do enxameamento e dentro de um período de dois dias, período este a partir do qual o enxame pode ser ocupado pelo dono do prédio no qual se enxameou como se de uma coisa acessória do prédio se tratasse³⁹⁸.

³⁹⁸ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 130, 3ª nota ao artigo 1322.º.

Tal previsão de limite temporal não tem aplicação, pois tal regime de prazo não consta do artigo 1359.º. No entanto, neste caso também não se mantém o direito do proprietário da coisa móvel caída por longo período, até ao decurso dos prazos de usucapião. Uma vez que a coisa, caída em prédio alheio, pode muito bem não estar identificada com o seu dono, e o dono do prédio pode, em absoluto, desconhecer quem é o dono, e, nos termos do artigo 1323.º após “... *anunciar o achado pelo modo mais conveniente, atendendo ao valor da coisa e às possibilidades locais, ou avisar as autoridades... ..faz sua a coisa perdida, se não for reclamada pelo dono dentro do prazo de um ano, a contar do anúncio ou aviso...*”³⁹⁹.

Não se verificando a situação supra descrita, não podendo aqui, como no caso do enxame, tornar-se coisa acessória do prédio, apenas poderá o proprietário do prédio tornar-se proprietário da coisa, agindo com posse, observados que estejam os prazos de usucapião para coisas móveis constantes nos artigos 1298.º e 1299.º.

2.1.5. Ruína de construção

No que diz respeito à existência do perigo de ruína de obra ou construção em local da fração de um condómino, capaz de pôr em risco a fração de outro, ou parte comum, a situação vem regulada no artigo 1350.º que estabelece que “...*se qualquer edifício ou outra obra oferecer perigo de ruir, no todo ou em parte, e do desmoronamento puderem resultar danos para o prédio vizinho, é lícito ao dono deste exigir da pessoa responsável pelos danos... ..as providências necessárias para eliminar o perigo...*”.

Será pertinente, então, apreciar se é possível que, a ruína de obra ou de construção de parte de uma fração, possa por em risco diferente parte do edifício. Como atrás foi visto⁴⁰⁰, são necessariamente comuns os alicerces, colunas, pilares, paredes mestras e todas as partes restantes que constituam a estrutura do prédio⁴⁰¹.

Assim, à partida, não seria possível que uma obra ou construção ruindo, pudesse prejudicar o edifício e não fosse considerada parte necessariamente comum, uma vez que só poderia causar danos no prédio vizinho, ou fração vizinha, ou mesmo

³⁹⁹ Cf. Artigo 1323.º n.º 1. e n.º 2.

⁴⁰⁰ Cf. Capítulo II, 1.2.1.

⁴⁰¹ Cf. artigo 1421.º, n.º 1, a).

parte comum, sendo considerada estrutural para o edifício e, como tal, não seria de aplicar esta proibição a cada condômino, no respeitante à sua fração autónoma.

No entanto, como nos ensinam Pires de Lima e Antunes Varela, “...as ameaças devem provir de um edifício ou outra obra... ...pode tratar-se de uma casa, mas também pode tratar-se de um muro, de uma fonte, de um aqueduto, de um pilar, de uma antena, de um para-raios, de uma piscina que pela sua ruína possa provocar infiltrações nocivas ao prédio vizinho, ou um simples andaime...”⁴⁰².

Aceitando que uma piscina pode ser parte da fração autónoma, que um muro, dividindo dois jardins no logradouro, construído no seu terreno por apenas um dos condóminos não é parte comum mas sim parte integrante da sua fração, que uma antena pode muito bem ser só de uma fração e que, um andaime de obra, pode estar ao serviço e pertencer apenas, também aqui, a um dos condóminos, fácil é de entender que a aplicação desta limitação ao proprietário, em sede de propriedade horizontal, é uma realidade incontornável.

Se outro motivo não existisse, a própria remissão expressa do artigo 1350.º para o artigo 492.º, para qualificar o responsável pelas providências necessárias para eliminar o perigo, nos obrigaria a sujeitar o titular da fração às imposições desta norma, modelando assim o seu estatuto sobre a coisa. Isto porque, estabelecendo o n.º 1 do artigo 492.º que “...o proprietário ou possuidor de edifício ou de outra obra que ruir, no todo ou em parte, por vícios de construção ou defeito de conservação, responde pelos danos causados...”, implica que, a responsabilização do titular da fração seja duplamente reforçada. Por um lado ele é o proprietário exclusivo daquela parte do edifício que é autónoma dele, e por outro lado, a existir obra ou construção, pela sua própria natureza, é ele o dono exclusivo da obra.

Se este argumento ainda não fosse convincente o suficiente, dúvidas, no entanto, não restariam após a leitura do texto do n.º 2 do mesmo artigo.

Esta norma estabelece que “...a pessoa obrigada, por lei ou negócio jurídico, a conservar o edifício ou obra responde, em lugar do proprietário ou possuidor, quando os danos forem devidos exclusivamente a defeito de conservação...”.

O que se pode concluir da leitura desta norma é que o legislador pretendeu, de forma clara, responsabilizar a pessoa efetivamente obrigada à manutenção do imóvel, com todas as coisas acessórias e adstritas a essa manutenção. No caso de o imóvel ser

⁴⁰² LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 189, 4ª nota.

uma fração de um prédio constituído em propriedade horizontal, em primeira linha, é responsável pela manutenção desse imóvel, o condómino titular da fração em causa.

De igual forma, se o perigo de ruína se verificar em parte comum do edifício, será sujeito passivo dessa obrigação de tomar as providências necessárias para eliminar o perigo o administrador, podendo, no entanto, ter que ser precedida de deliberação da assembleia de condóminos para esse efeito, consoante se exija, para afastar o perigo, uma ação de gestão corrente ou uma obra de reparação, ao mesmo tempo que se pode ter que avaliar a situação, caso o perigo seja debelado sem recurso a via judicial, ou se a ação seja o caminho necessário, como seguidamente veremos.

A alínea f) do artigo 1436.º estabelece que é função do administrador “...realizar os atos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns...”. Na opinião de Sandra Passinhas, que neste ponto acompanhamos, esta norma “...deve ser objeto de uma interpretação extensiva, de acordo com o caráter orgânico da figura do administrador, da sua posição na organização administrativa e do caráter autónoma da sua atividade... ...o administrador tem poderes de gestão... ...em tudo o que não contenda com a propriedade ou a posse dos bens comuns...”⁴⁰³.

Assim, toda a gestão corrente cabe ao administrador e, como tal, é a ele que se deve recorrer, em primeira linha para remover o perigo. Por exemplo, se um andaime de uma obra de reparação do condomínio estiver a pôr em perigo os vidros das janelas de um condómino, é junto do administrador que este deverá reclamar a remoção do andaime⁴⁰⁴.

No entanto, por vezes, a remoção do perigo obriga à realização de uma obra que, por importar despesas, implica uma prévia aprovação por parte da assembleia de condóminos⁴⁰⁵. No entanto, mesmo nestas circunstâncias, se se tratar de uma obra urgente, e for inviável a convocatória de assembleia de condóminos, por perder o seu efeito útil, pode ainda o administrador, nos termos do artigo 1427.º, realizar a obra sem o prévio consentimento⁴⁰⁶.

⁴⁰³ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 320.

⁴⁰⁴ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 320, entende também que “...atos conservatórios [do administrador] são os destinados a evitar a deterioração ou destruição de bens, podendo ter natureza material ou judicial...”.

⁴⁰⁵ Cf. artigo 1431.º, n.º 1.

⁴⁰⁶ No mesmo sentido, LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 454, entendem que “...o orçamento elaborado pelo administrador e aprovado pela assembleia... ...é uma previsão, até certo ponto vinculativa, das despesas a efetuar... ...dentro dos poderes de atuação concreta do administrador cabe a faculdade de se afastar do limite fixado por esta previsão (das despesas), pelo menos para ocorrer às reparações indispensáveis e urgentes...”.

Se for necessário recorrer a ação judicial, a quem cabe representar o condomínio em juízo, nos termos do n.º 2 do artigo 1437.º, é ao administrador, logo seria ele a ser demandado.

Sendo então claro que a ruína de construção pode provir de partes de uma fração autónoma, responsabilizando assim o condómino dela titular e, conseqüentemente, provocando, esta norma, um limite ao direito do proprietário da fração, ou pode provir de parte comum do edifício, responsabilizando o condomínio e permitindo que se demande o administrador, cabe-nos agora analisar quem pode beneficiar dessa limitação proveniente do estatuto da propriedade horizontal.

Estabelecendo a norma que a legitimidade de atuação compete ao dono do prédio vizinho de cujo desmoronamento possam resultar danos, teremos que ponderar quem terá legitimidade no caso de o eventual dano recair sobre uma parte comum, ou recair sobre uma parte de uma fração autónoma.

No que diz respeito à possibilidade de recair sobre fração autónoma, a primeira questão que se levanta é se uma fração autónoma pode, para efeitos do artigo 1350.º, considerar-se um prédio.

Como melhor à frente veremos, quando se abordar as questões relativas à eventual possibilidade de existirem servidões entre frações, parece-nos claro e inequívoco que se admitem a constituição de servidões em que o “prédio” serviente e/ou o “prédio” dominante são uma fração de um prédio constituído em propriedade horizontal, não tomando, no entanto, posição quanto à natureza, ou falta dela, de prédio que poderá integrar a fração⁴⁰⁷.

Também neste ponto, e com a mesma fundamentação apresentada, consideramos que na interpretação do conceito de prédio, se engloba também, extensivamente, as frações autónomas que constituem um condomínio, pois para o seu titular, cada uma dessas frações, é, materialmente, um prédio em si.

Por último, cabe ainda avaliar quem tem legitimidade para atuar contra o condómino responsável por eventual ruína de construção, quando o que é posto em causa por essa eventual ruína, é parte comum do edifício.

Neste caso, a possibilidade de qualquer condómino atuar por si, na medida em que o perigo sobre parte comum influa sobre o estatuto do seu direito real, à

⁴⁰⁷ Cf. Capítulo IV, 2.9.

semelhança do que acontece, por exemplo, em sede de destinação da fração para fins ofensivos dos bons costumes, é indiscutível, pelos mesmos motivos aí salientados⁴⁰⁸.

Também no que diz respeito à possibilidade do eventual dano se vir a produzir em parte comum, poder-se-á ainda colocar a questão de o administrador do condomínio poder, só por si, tomar as providências necessárias para que o obrigado remova o perigo, ou se terá que obter, previamente, competente autorização, da assembleia de condóminos, para o efeito.

Quanto à possibilidade de a iniciativa partir do administrador do condomínio, concordamos com Sandra Passinhas quando afirma que “...o administrador tem o poder-dever de realizar as medidas cautelares adequadas a evitar prejuízos na coisa comum, pode propor uma ação para obter o ressarcimento dos danos causados às partes comuns do edifício condominial, deve salvaguardar o edifício condominial de moléstias, perigos ou prejuízos causados por terceiros...”⁴⁰⁹, o que integra, assim, a atuação do administrador nesta área, nos atos conservatórios previstos no artigo 1436.º, f), sendo assim uma competência própria do administrador e não carecendo de aprovação da assembleia.

No mesmo sentido, Henrique Mesquita, considera que os atos conservatórios são atos “...que nada resolvem em definitivo, que não comprometem o futuro e que apenas visam manter uma coisa ou um direito numa dada situação...”, estando assim esta função, de tomar as iniciativas para a remoção do perigo de ruína de obra ou construção, inserida nas atribuições do administrador, sem necessidade de recorrer à assembleia, nos termos do artigo 1436.º f)⁴¹⁰.

Assim também entendeu o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 27 de Março de 1984⁴¹¹, que – não obstante ter entendido também que depois de uma obra feita, para pedir indemnização pelos prejuízos causados, carece sempre o administrador de autorização da assembleia⁴¹² – sem autorização da assembleia de condomínio, o administrador apenas poderia intentar ação para impedir a obra, o que, claramente nos leva a concluir que o entendimento deste tribunal foi no sentido de

⁴⁰⁸ Cf. Capítulo III, 2.3.

⁴⁰⁹ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 320-321.

⁴¹⁰ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 132, nota 124.

⁴¹¹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 27 de Março de 1984, n.º convencional JTRL00029225, e CJ, II, pág. 112.

⁴¹² Em sentido contrário, na doutrina estrangeira, LUCCIOLI, GABRIELLA, «Osservazioni sulla costituzione di parte civile dell' amministratore di un condominio» in *Cass. pen.*, an. 20, fasc. 5-6, 1980, pág. 835-836, pág. 835.

dispensar a autorização, no caso de o ato do administrador visar impedir um prejuízo ou ameaça ao prédio, já não dispensando quando esse ato apenas visa reparar prejuízos que já se consumaram⁴¹³.

Em conclusão, verificamos que a restrição, prevista no artigo 1350.º, modela o estatuto da propriedade horizontal, e, conseqüentemente, altera os direitos e obrigações do titular de cada fração.

Por um lado, tem o titular da fração o direito de exigir o afastamento do perigo de dano proveniente de ruína de obra ou da sua fração, quer em relação aos outros condóminos, quer em relação ao próprio condomínio. No segundo caso a responsabilidade para debelar o perigo compete ao administrador, com ou sem autorização da assembleia, consoante sejam necessárias despesas que careçam de aprovação ou não sejam necessárias e se afaste o perigo com atos de mera administração.

Por outro lado, tem o titular de cada fração a obrigação de tomar as providências necessárias para afastar o perigo de, com a ruína de obra sua ou de parte da sua fração, provocar danos nas frações dos outros condóminos ou nas partes comuns do prédio, tendo legitimidade para lhe exigir essas providências os condóminos das outras frações, no primeiro caso, e o administrador do condomínio, no segundo.

2.1.6. Escoamento natural de águas e obras defensivas de águas

O n.º 1 do artigo 1351.º estabelece que “...os prédios inferiores estão sujeitos a receber as águas que, naturalmente e sem obra do homem, decorram dos prédios superiores, assim como a terra e entulho que elas arrastam na sua corrente...”.

Numa primeira análise, parece ser de difícil aplicação a norma do artigo 1351.º à propriedade horizontal pois, atentos ao texto do referido n.º 1 do artigo, não se compreende como um prédio constituído em propriedade horizontal, e como tal resultante, necessariamente, da divisão jurídica de uma construção, se pudesse considerar não resultar de *obra do homem*.

⁴¹³ Em sentido não concordante, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 321, nota 772, onde questiona “...se o administrador deve realizar os atos conservatórios das coisas comuns, por exemplo, reparar um muro comum, onde embateu uma viatura, não pode, *rectius*, deve, exigir primeiro, do lesante, a reparação do muro ou a indemnização pelo prejuízo causado ao condomínio?...”.

Para além disso, procuramos seguir a posição de Rui Vieira Miller⁴¹⁴, que entende que “...*embora não se antevejam situações frequentes entre os condóminos que devam ser reguladas por este preceito, certo é que elas se poderão verificar, sobretudo em prédios divididos por restrito número de condóminos, cada um dos quais tenha a fruição exclusiva de um logradouro de certa extensão...*”.

A aplicação deste artigo prende-se apenas com a possibilidade de construção em logradouro pertencente a fração autónoma, e dentro dos estritos termos em que essa construção seja permitida⁴¹⁵, funcionando assim como uma limitação adicional às já mencionadas restrições construtivas, quer para o proprietário da fração que integra o logradouro a montante (que não vai poder construir obra que agrave a emissão de águas naturais), quer para o proprietário da fração que integra o logradouro a jusante (que não vai poder construir obra que agrave a receção de águas naturais), estando, obviamente, um dos logradouros confinante e a montante do outro.

Não se deve, no entanto, confundir o escoamento natural de águas com as águas pluviais que escoam das frações superiores para as inferiores, através de goteiras ou caleiras. Estas, por resultarem de obra humana, a própria construção do edifício, nunca poderiam ser integradas no conceito de escoamento natural, tendo que ser avaliadas no âmbito do *Estilicídio* previsto no artigo 1365.º, e que mais à frente será abordado⁴¹⁶.

No mesmo sentido o n.º 1 do artigo 1352.º estabelece que “...*o dono do prédio onde existam obras defensivas para conter as águas, ou onde, pela variação do curso das águas, seja necessário construir novas obras, é obrigado a fazer os reparos precisos, ou a tolerar que os façam, sem prejuízo dele, os donos dos prédios que padeçam danos ou estejam expostos a danos iminentes...*”.

Em toda a pesquisa feita não se encontrou qualquer referência jurisprudencial que ligasse esta limitação ao direito de propriedade a uma situação de propriedade horizontal. No entanto, e tendo exclusivamente em atenção logradouros que possam estar destinados, em exclusivo, a frações concretas, não nos parece despiciente, que, eventualmente, a questão se venha a colocar, numa situação em tudo semelhante à anteriormente referida, do escoamento natural de águas.

⁴¹⁴ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 176.

⁴¹⁵ Cf. Capítulo II, 1.2.2.1.

⁴¹⁶ Cf. Capítulo III, 2.1.7.

Em conclusão, verificamos que as frações inferiores estão sujeitas a receber as águas que, naturalmente e sem obra do homem, decorram das frações superiores, assim como a terra e entulho que elas arrastam na sua corrente, quando estivermos no âmbito de logradouros integrantes de frações autónomas e, como tal, sem modificações que alterem o percurso natural das águas introduzidas pelo Homem, estando ainda, o titular da fração onde existam obras defensivas de águas, obrigado às suas manutenções.

2.1.7. Construção e edificação

No que diz respeito às limitações em sede de construção de edifícios, no âmbito do direito de propriedade, dedicou o Código Civil uma secção (Livro III, Título II, Secção IV), criando restrições no âmbito da *abertura de janelas, portas varandas e obras semelhantes* (artigo 1360.º, 1361.º e 1362.º), *frestas, seteiras ou óculos para luz e ar e janelas gradadas* (artigo 1363.º e 1364.º), bem como de *estilicídio* (artigo 1365.º).

No que respeita a abertura de janelas, portas varandas e obras semelhantes, estabelece o n.º 1 do artigo 1360.º que “...o proprietário que no seu prédio levantar edifício ou outra construção não pode abrir nele janelas ou portas que deitem diretamente sobre o prédio vizinho sem deixar entre este e cada uma das obras o intervalo de metro e meio...”⁴¹⁷, acrescentando o n.º 2 que “...igual restrição é aplicável às varandas, terraços, eirados ou obras semelhantes, quando sejam servidos de parapeitos de altura inferior a metro e meio em toda a sua extensão ou parte dela...”.

A importância desta norma, prende-se com uma proibição adicional à realização de qualquer obra na fração autónoma de cada condómino, mesmo que tenha a necessária autorização da assembleia de condóminos⁴¹⁸, o que seria um pressuposto necessário uma vez que uma alteração destas, no mínimo, implicaria uma modificação na linha arquitetónica do edifício, permitindo a indiscrição dos vizinhos

⁴¹⁷ Em relação às situações em que os dois prédios são oblíquos entre si, estabelece o n.º 3 do mesmo artigo que “...a distância de metro e meio conta-se perpendicularmente do prédio para onde deitam as vistas até à construção ou edifício novamente levantado; mas, se a obliquidade for além de quarenta e cinco graus, não tem aplicação a restrição imposta ao proprietário...”.

⁴¹⁸ Cf. Capítulo IV, 2.9.

ou a devassa através do arremesso de objetos, sendo assim, o limite de metro e meio, o que o legislador entendeu como razoável para evitar essas intromissões.

O conceito de prédio, como à frente melhor analisaremos⁴¹⁹, aplica-se aqui também a cada uma das frações autônomas, o que significa que esta limitação, tanto se aplica às construções, em cada fração, que deitem sobre construções de prédios estranhos ao condomínio, como se aplica a outras frações do mesmo condomínio que ela própria integre. Ao mesmo tempo, nada encontramos que exclua esta limitação às construções em partes comuns, considerando assim que também a elas se aplica⁴²⁰.

Acresce analisar, então, como devemos enquadrar as janelas, portas e varandas que existam, desde a origem do edifício posteriormente constituído em propriedade horizontal, ou que tenham sido criadas com expressa autorização, ainda que apenas expressada em voto favorável em assembleia de condôminos, do proprietário da fração sobre a qual as vistas passam a deitar.

Se existirem desde a origem do edifício, e previamente à constituição da propriedade horizontal, são elas parte da modelação do objeto sobre o qual recai o direito do titular da fração e, como tal, existem como parte do estatuto de soberania que o titular tem sobre a fração, sob a forma de servidão de vistas nos termos do artigo 1362.^{o421}, e constituídas, aquando do licenciamento da construção do edifício, por destinação de pai de família⁴²².

Se um sujeito compra uma fração ao nível do r/c, para cujo terraço deitem, por exemplo, janelas da fração de um vizinho ou relativas a partes comuns, é a sujeição à existência dessas janelas, parte modelar do seu estatuto soberano sobre a fração e, como tal, uma limitação à plenitude do seu direito, não se podendo opor a essa devassa da sua fração.

Se, por outro lado, as janelas de uma fração deitarem sobre parte comum, zona para utilização plural de todos os condôminos, não nos repugna que se possa aplicar o

⁴¹⁹ Cf. Capítulo II, 1.2.1.1.

⁴²⁰ Nem de outra forma poderia acontecer, senão estaríamos a permitir, por exemplo, que se abrisse uma janela numa sala de uso comum que deitasse sobre uma janela de uma fração, permitindo a devassa, a todos os condôminos, sobre a intimidade dessa fração.

⁴²¹ Estabelece o n.º 1 do artigo 1362.º que “...a existência de janelas, portas, varandas, terraços, eirados ou obras semelhantes, em contravenção com o disposto na lei, pode importar, nos termos gerais a constituição da servidão de vistas por usucapião...”, estando a forma de constituição da servidão aberta a situações diversas da usucapião, no texto do n.º 2 do mesmo artigo, quando refere que “...constituída a servidão de vistas, por usucapião ou outro título...”.

⁴²² Cf. constituição da servidão por destinação do pai de família prevista nos artigos 1547.º, n.º 1 e 1549.º

artigo 1361.^{o423}, interpretado extensivamente, pois, no âmbito do condomínio, as zonas comuns são zonas do domínio público de todos os condóminos⁴²⁴.

Se não existirem desde a origem mas forem posteriormente criadas, as janelas, portas, varandas e obras semelhantes, não podemos considerar, mesmo que tenham tido a autorização da assembleia de condóminos⁴²⁵, que as mesmas, sem mais, provoquem uma alteração ao estatuto da propriedade horizontal de todos os condóminos pois, aqui atuariam as regras do artigo 1360.^o, e a construção estaria vedada.

Pode acontecer ainda que a obra seja feita com o consentimento do titular da fração que vai ficar onerada pela servidão de vistas. Nesse caso, e ainda que outra questão não se levantasse⁴²⁶, estaria claramente a agir em abuso de direito o condómino que, depois de autorizar determinada obra, viesse reclamar por a mesma o prejudicar.

Na realidade, a lei produz efeitos para além disso. Estabelece o n.^o 2 do mesmo artigo 1362.^o, que “...*constituída a servidão de vistas, por usucapião ou outro título, ao proprietário vizinho só é permitido levantar edifício ou outra construção no seu prédio desde que deixe entre o novo edifício ou construção e as obras mencionadas no n.^o 1 o espaço mínimo de metro e meio, correspondente à extensão dessas obras...*”. Não se aceitando que a constituição da servidão, que podendo, assim, ser estabelecida por negócio jurídico, resultasse de uma declaração tácita, pois tratando-se de um direito real estaria sujeita a forma. Compreende-se, no entanto, que a possibilidade de a mesma resultar do acordo das partes, reforçaria o abuso do direito em que, após dar consentimento, atuaria a parte ao reclamar da legalidade da construção.

No que respeita a frestas, seteiras ou óculos para luz e ar e janelas gradadas, por exceção criada pelos artigos 1363.^o e 1364.^o, e, neste caso, independentemente de existirem anteriormente à constituição da propriedade horizontal ou em resultado de

⁴²³ O artigo 1361.^o estabelece que “...*as restrições do artigo precedente não são aplicáveis a prédios separados entre si por estrada, caminho, rua, travessa ou outra passagem por terreno de domínio público...*”.

⁴²⁴ No mesmo sentido decidiu o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 9 de Outubro de 2001, n.^o convencional JTRC1416, onde estabelece que “...*os prédios dos Autores e dos Réus, estão separados entre si por uma entrada comum, em tudo semelhante a urna passagem por terreno do domínio público (art.^o 1361^o) ...*”.

⁴²⁵ Para efeitos do artigo 1422.^o, n.^o 3.

⁴²⁶ E em nosso entendimento levanta-se pois estamos no âmbito de um direito disponível e a própria servidão pode ser constituída por negócio jurídico, como resulta claramente do n.^o 2 do artigo 1362.^o.

obra posterior, serão sempre legítimas desde que a obra seja, neste segundo caso, autorizada pela assembleia de condóminos, ficando, no entanto, o proprietário da fração em que elas existirem, sujeito a que, de futuro, obra igualmente autorizada, venha a vedar as mesmas⁴²⁷.

Por fim, no que respeita ao estilicídio, estabelece o n.º 1 do artigo 1365.º que “...o proprietário deve edificar de modo a que a beira do telhado ou outra cobertura não goteje sobre o prédio vizinho, deixando um intervalo mínimo de cinco decímetros entre o prédio e a beira, se de outro modo não puder evitá-lo...”.

A importância desta norma, fora já do conceito de escoamento natural de águas anteriormente visto, prende-se com uma proibição adicional à realização de qualquer obra na fração autónoma de cada condómino, mesmo que tenha, quando seja esse o caso, a necessária autorização da assembleia de condóminos⁴²⁸ e quando a mesma facilite ou provoque o gotejo sobre prédio vizinho. Deverá sublinhar-se que o conceito de prédio, como à frente analisaremos⁴²⁹, aplica-se aqui também a cada uma das frações autónomas.

Acresce analisar, então, como devemos enquadrar as goteiras, as gárgulas ou as caleiras que porventura existam – desde a origem do edifício posteriormente constituído em propriedade horizontal, ou outras que tenham sido criadas com expressa autorização, ainda que apenas expressada em voto favorável em assembleia de condóminos, do proprietário da fração sobre a qual a água passa a cair – e que impliquem o gotejar de águas, quer da chuva, quer, por exemplo, da lavagem de varandas, sobre uma fração autónoma, provenientes, de uma forma exclusiva, de outra fração autónoma.

Se existirem desde a origem do edifício, e previamente à constituição da propriedade horizontal, são elas parte da modelação do objeto sobre o qual recai o direito do titular da fração e, como tal, existem como parte do estatuto de soberania que o titular tem sobre a fração. Se um sujeito compra uma fração ao nível do r/c, para cujo terraço gotejam todas as varandas dos andares superiores, é a sujeição à receção dessas gotas, parte modelar do seu estatuto soberano sobre a fração e, como tal, uma

⁴²⁷ Cf. artigo 1363.º, n.º 1.

⁴²⁸ Cf. Capítulo III, 2.2.

⁴²⁹ Cf. Capítulo IV, 2.9.

limitação à plenitude do seu direito. Não se poderá opor a que a sua fração receba as águas das frações superiores⁴³⁰.

Se não existirem desde a origem mas forem posteriormente criadas, as goteiras, as gárgulas ou as caleiras, não podemos considerar, mesmo que tenham tido a autorização da assembleia de condóminos⁴³¹, que as mesmas, sem mais, provoquem uma alteração ao estatuto da propriedade horizontal de todos os condóminos pois, aqui, haveria efeito das regras do artigo 1365.º, n.º 1 e a construção estaria vedada.

Com efeito, pode acontecer que a obra seja feita com o consentimento do titular da fração para onde vai cair a água. Nesse caso, e ainda que outra questão não se levantasse, estaria claramente a agir em abuso de direito o condómino que, depois de autorizar determinada obra, viesse reclamar por a mesma o prejudicar.

Na realidade, a lei vai para além disso. Estabelece o n.º 2 do mesmo artigo 1365.º, que “...constituída por qualquer título a servidão de estilicídio, o proprietário do prédio serviente não pode levantar edifício ou construção que impeça o escoamento das águas, devendo realizar as obras necessárias para que o escoamento se faça sobre o seu prédio, sem prejuízo para o prédio dominante...”.

Com esta norma, constante do estatuto de uma restrição ao direito de propriedade aplicável à propriedade horizontal por determinação do n.º 1 do artigo 1422.º, ainda que o proprietário da fração que vai ficar onerada com o gotejo não tenha autorizado a obra, e por força da constituição das servidões por usucapião⁴³², com o decurso do tempo, fica aberta a porta para que a permissão de gotejo se estabilize sob a forma de servidão predial entre as duas frações.

Em conclusão, e no que tange, quer à abertura de janelas, portas, varandas e obras semelhantes, quer no que diz respeito ao estilicídio, ou seja, no que concerne ao escoamento de águas proveniente de partes integrantes do edifício que pertença a frações autónomas, essas obras, no primeiro caso, ou esse escoamento, no segundo, só são permitidos se, fisicamente, integrassem o edifício à altura da constituição da propriedade horizontal, ou ainda se, sendo posterior, tiverem sido autorizados pelo titular da fração onerada com as vistas ou recetora das águas, ou se tiver sido, de uma das formas previstas na lei, constituída servidão para esse fim.

⁴³⁰ No mesmo sentido vai a constituição da servidão por destinação do pai de família prevista nos artigos 1547.º, n.º 1 e 1549.º.

⁴³¹ Para efeitos do artigo 1422.º, n.º 3.

⁴³² Cf. artigo 1547.º, n.º 1.

2.1.8. Plantação de árvores e arbustos e apanha de frutos

A questão da existência de árvores e arbustos em frações de edifícios constituídos em propriedade horizontal, só se coloca se as mesmas estiverem plantadas em logradouro que seja parte integrante de uma fração.

Obviamente que, quaisquer árvores ou arbustos que ornamentem uma varanda ou um terraço, plantadas num vaso ou numa floreira, não estando materialmente ligadas ao solo, não são partes integrantes de uma coisa imóvel e, como tal, não estão integradas nestas normas, por serem, elas próprias, coisas móveis⁴³³.

Estando as limitações ao direito de propriedade, e conseqüentemente à propriedade horizontal, previstas nos artigos 1366.º a 1369.º, de entre esses todos, não podemos deixar de concluir, desde já, que ao instituto da propriedade por andares apenas se refletem, na modelação do seu estatuto, os três primeiros artigos.

O último, referente a “árvores ou arbustos que sirvam de marco divisório”, não tem aplicação no âmbito desta matéria, atento ao próprio objeto da propriedade horizontal estabelecido no artigo 1415.º, e que obriga a que, para estarmos na presença desse instituto, as frações sejam distintas e isoladas entre si, o que não era compatível com a delimitação da fração por um ser vivo e mutável.

2.2. Dever de se abster de prejudicar, quer com obras novas quer com falta de reparação, a segurança, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício

O artigo 1422.º, n.º 2 a) estabelece que “...é especialmente vedado aos condóminos... ..prejudicar, quer com obras novas, quer por falta de reparação, a segurança, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício...”. A leitura imediata deste preceito levanta-nos, desde logo, algumas questões que importa aclarar.

Ao compararmos o regime estabelecido no n.º 2 deste artigo, em confronto com o previsto no n.º 1⁴³⁴, verificamos que o n.º 1, estabelecendo um regime regra, e

⁴³³ Cf., a contrario, artigo 204.º, n.º 1, c), que estabelece que “...são coisas imóveis... ..as árvores, os arbustos e os frutos naturais, enquanto estiverem ligados ao solo...”.

⁴³⁴ Estabelece o n.º 1 do artigo 1422.º: “Os condóminos, nas relações entre si, estão sujeitos, de um modo geral, quanto às frações que exclusivamente lhes pertencem e quanto às partes comuns, às limitações impostas aos proprietários e aos comproprietários de coisas imóveis.”

por remissão para a propriedade e compropriedade, obriga o condómino a exercer a sua soberania sobre a sua fração definida com os mesmos limites das duas referidas figuras reais. Como atrás vimos, esses limites podem constar de o exercício de determinados poderes, sobre a coisa, estar condicionado a determinada forma de atuação⁴³⁵, ou, noutros casos, determinados poderes que, à partida poderiam ser exercidos sobre a coisa, estão, pura e simplesmente, excluídos⁴³⁶.

No n.º 2, pelo contrário, aqui já em exclusivo para a definição do conteúdo do poder soberano do condómino sobre a sua fração, não falamos já de uma limitação genérica que possa excluir determinados poderes, ou subordinar o seu exercício a determinadas regras, mas simplesmente, centrando-nos nas faculdades próprias do instituto da propriedade horizontal, retirar do seu âmbito, excluindo assim à sua soberania, certas atividades ou formas de atuação.

As imediatas questões que se colocam é se as proibições do n.º 2 são relativas exclusivamente à fração de cada condómino, ou se são também relativas às partes comuns e se, ao mesmo tempo, a natureza destas proibições é imperativa ou supletiva, sem subestimar a devida importância, opta-se por abordar no fim, se a especificação constante das alíneas daquele número, tem carácter taxativo ou carácter meramente exemplificativo e qual é o significado de linha arquitetónica e arranjo estético do edifício.

i) Quanto às proibições do n.º 2 serem proibições relativas exclusivamente à fração de cada condómino ou, por outro lado, serem também proibições relativas às partes comuns.

No que diz respeito ao facto de o n.º 2 do artigo 1422º ser de aplicação apenas à fração autónoma ou também às partes comuns, importa verificar se a norma constante deste número se esgota em si mesma ou se, por outro lado, resulta da conjugação com o n.º 1 do artigo 1425º.

⁴³⁵ O artigo 1348º estabelece, no seu n.º 1, que “...o proprietário tem a faculdade de abrir minas ou poços e fazer escavações, desde que não prive os prédios vizinhos do apoio necessário para evitar desmoronamentos ou deslocações de terra...”, o que, não excluindo a possibilidade de proceder às escavações, tem a limitação ao exercício do poder ou faculdade que consiste em o mesmo ser feito de forma a não privar o apoio dos prédios vizinhos (e por maioria razão o próprio prédio).

⁴³⁶ Estabelece o artigo 1347º n.º 1 que “...o proprietário não pode construir nem manter no seu prédio quaisquer obras, instalações ou depósitos de substâncias corrosivas ou perigosas, se for de recear que possam ter sobre o prédio vizinho efeitos nocivos não permitidos por lei”, o que exclui em absoluto o poder ou faculdade.

Centrando-nos primeiro no n.º 1 do artigo 1425.º, e para fazermos o caminho inverso à ordenação relativa no código, verificamos que ele estabelece que “...as obras que constituam inovações dependem da aprovação da maioria dos condóminos, devendo essa maioria representar dois terços do valor total do prédio...”. Ora, entende prevalecentemente a doutrina, com a relevante exceção de Miller⁴³⁷, que esta norma só se aplica às inovações nas partes comuns e não nas inovações dentro das frações autónomas.

Se assim não fosse, aplicando-lhe a norma do n.º 1 do artigo 1425.º, qualquer inovação no interior de uma fração estaria sujeita a uma prévia aprovação, e conseqüente antecipado conhecimento, da obra que o condómino pretenda desenvolver. Esta situação, em nossa opinião, seria uma ingerência desproporcional e mesmo uma devassa da vida privada – dentro da própria habitação – capaz de suscitar questões de violação de Direitos, Liberdades e Garantias constitucionalmente consagrados. Esta faculdade de ingerência prévia, não apareceria, ainda, isolada de um poder de fiscalização que, em momento posterior, por repetição da ingerência, iria sublinhar mais as críticas de devassa feitas anteriormente. Acresce ainda referir que a reduzida minoria de bloqueio à autorização das obras exigida no artigo 1425.º, n.º 1, também seria, se aplicada à situação em apreço, desproporcionada e manifestamente exagerada. Os condóminos detentores de apenas um terço do valor do prédio estariam avaliados para, sem terem que apresentar justificação alguma, impedir qualquer inovação que um outro condómino pretendesse levar a efeito, dentro da sua própria casa, o que seria absolutamente indefensável.

Sandra Passinhas sustenta também que o artigo 1422.º, n.º 2 refere-se apenas às frações autónomas, com o argumento de que, no que diz respeito às inovações e reduzindo ao absurdo, aceitando que a elas se aplicava a disposição do artigo 1425.º n.º 1, dependeria “...da aprovação da maioria dos condóminos, devendo essa maioria representar dois terços do valor total do prédio... ..justamente a mesma maioria que, nos termos do artigo 1422.º, n.º 3, é necessária para autorizar a modificação da linha arquitetónica ou do arranjo estético do edifício... [...daí resultando...] ...a desnecessidade de aplicar esta norma às obras nas partes comuns...”⁴³⁸, e, logicamente, delas a afastaria.

⁴³⁷ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 214 ss.

⁴³⁸ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, 2002, pág. 121.

Não deixando de partilhar a opinião desta autora quanto ao resultado, não acompanhamos, no entanto, em absoluto, a sua fundamentação, por ser redundante, em termos de aplicação prática das duas diferentes normas. Na realidade, as duas tratam situações diferentes.

Não podemos deixar de constatar que a natureza da norma constante no n.º 1 do artigo 1425.º utiliza o termo “aprovação” e o n.º 3 do artigo 1422.º utiliza o termo “prévia autorização”. Obviamente que o alcance de uma aprovação implica um ato que, só por si, inicia o processo de realização da inovação, enquanto autorização se limita a não se opor a que um outro, um terceiro em relação a essa autorização, dê, ele próprio, início a esse processo.

Por outro lado, embora não nos pareça que aconteça com muita frequência, não nos parece absolutamente descabido que, reduzindo ao absurdo, se se tratasse de uma inovação feita numa parte comum, por iniciativa de um determinado condómino que pretendesse opor-se a uma inovação voluptuária, para assim poder beneficiar da recusa fundada, eximindo-se assim dos encargos nos termos dos números 2 e 3 do artigo 1426.º, mas que nada tivesse a opor nos termos de mera autorização, a expensas dos outros condóminos, aqui nos termos do n.º 3 do artigo 1422.º, para a realização dessa inovação voluptuária.

Assim, no nosso entendimento, e seguindo as opiniões de Pires de Lima e Antunes Varela⁴³⁹, Henrique Mesquita⁴⁴⁰ e Aragão Seia⁴⁴¹, o n.º 2 do artigo 1422.º refere-se exclusivamente às inovações levadas a cabo por cada condómino na sua fração, e o artigo 1425.º refere-se exclusivamente às inovações levadas a cabo pelos condóminos no seu conjunto, observando as regras de funcionamento da assembleia de condóminos, e, necessariamente, nas partes comuns do edifício, o que aliás tem sido, repetidamente, consagrado na jurisprudência⁴⁴².

⁴³⁹ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 433, onde estabelecem, na segunda nota ao artigo 1425, que “...o artigo 1425.º não se refere às inovações introduzidas nas frações autónomas, sujeitas à propriedade exclusiva de cada condómino. Nesse domínio vigoram as normas relativas à propriedade das coisas imóveis, nas quais cabem, entre outras, as limitações decorrentes das relações de vizinhança (artigo 1422.º). O preceituado no artigo 1426.º não deixa quaisquer dúvidas de que a regra consagrada no n.º 1 do artigo anterior foi prevista apenas para as inovações a introduzir nas coisas comuns...”.

⁴⁴⁰ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 139.

⁴⁴¹ SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 97.

⁴⁴² A título de exemplo, acórdão do Supremo Tribunal de justiça de 07 de Março de 1983, n.º convencional JSTJ00002564, onde estabelece que “...I - A abertura de duas portas e três montras na parede exterior do condomínio não pode considerar-se “inovações” para os efeitos do n. 1 do artigo 1425 do Código Civil. II - Não contendendo essas obras com a segurança ou estabilidade do edifício, com a sua linha arquitectónica ou arranjo estético, podem ser levadas a cabo pelo respectivo

Em reforço da nossa posição, e para além da fundamentação de que “...o preceituado no artigo 1426.º não deixa quaisquer dúvidas de que a regra consagrada no n.º 1 do artigo anterior foi prevista apenas para as inovações a introduzir nas coisas comuns...”⁴⁴³, acrescenta-se que, dada a organização sistemática do código, nesta parte, parece claro que desde o n.º 2 do artigo 1422.º até ao fim do artigo 1422.º-A, se refere aos mesmo tipo de partes, as frações, enquanto que do artigo 1424.º ao 1448.º, onde se inclui o 1425.º em apreço, se refere, exclusivamente a partes comuns. O facto de o corpo do n.º 2 do artigo 1422.º referir “...é especialmente vedado aos condóminos...”, não usando o termo ao condomínio, à assembleia de condóminos ou ao conjunto dos condóminos, interpretamos que se refere isoladamente a cada um, e por maioria de razão à sua fração, excluindo as partes comuns.

Assim, torna-se claro que o artigo 1422.º n.º 2 estabelece uma norma que se aplica, em exclusivo, às inovações produzidas por cada condómino na sua própria fração.

ii) Quanto à natureza das proibições ser imperativa ou supletiva

As três proibições⁴⁴⁴ impostas aos condóminos por este artigo – a primeira em presente análise e as seguintes abaixo analisadas – bem como a proibição genérica prevista na alínea d) no n.º 2⁴⁴⁵, podem, eventualmente, ter uma de duas naturezas. Ou são imperativas, não podendo ser afastadas pelas partes, ou terem natureza supletiva e poderem, dessa forma, ser afastadas pelas partes, obviamente constituídas por todos os condóminos, quer em documento capaz de alterar o título constitutivo, quer se ficarem desde logo afastadas, em sede de criação da propriedade horizontal, na elaboração do seu título original.

condómino sem autorização dos demais, com as limitações expressas no n. 1 do artigo 1422 do Código Civil...”, ou ainda acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de Outubro de 1996, n.º convencional JTRP00019416, onde estabelece que “...I - Às inovações a introduzir nas frações autónomas não é aplicável o disposto no artigo 1425 do Código Civil, ou seja, não dependem de aprovação da maioria dos condóminos, melhor, não dependem de qualquer aprovação. II - Nas frações autónomas sujeitas ao regime de propriedade exclusiva de cada condómino vigoram as normas relativas à propriedade de coisas imóveis, nas quais cabem, entre outras, as limitações decorrentes das relações de vizinhança...”

⁴⁴³ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 434.

⁴⁴⁴ Prejudicar, quer com obras novas, quer por falta de reparação, a segurança, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício; destinar a sua fração a usos ofensivos dos bons costumes; e dar-lhe uso diverso do fim a que é destinada.

⁴⁴⁵ Praticar quaisquer atos ou atividades que tenham sido proibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberação da assembleia de condóminos aprovada sem oposição.

Em nossa opinião, o constante no n.º 2 do artigo 1422.º assume carácter imperativo, no que diz respeito às alíneas a), b) e c), e carácter supletivo no que diz respeito à alínea d).

Se a lei estabelece, na referida alínea d), que estão vedados, e como tal proibidos, aos condóminos praticar os atos que tenham sido proibidos no título constitutivo ou posteriormente em assembleia de condóminos, mesmo sem exigência, aqui, de unanimidade, claro se torna que está na disponibilidade dos condóminos a criação dessas proibições. Por maioria de razão, se a lei permite aos condóminos a própria alteração do título, através de escritura ou documento particular autenticado, permitirá, obviamente, que eles alterem essas mesmas proibições.

Ora, se se permite, através da mesma forma, a alteração do título constitutivo, o que impenderia, quer sobre as limitações que o título anterior contivesse, quer sobre aquelas que tivessem sido aprovadas posteriormente, na forma estabelecida, não se vê qualquer razão para, uma vez criada uma limitação nos termos da alínea d), por deliberação da assembleia, que a mesma maioria exigida – deliberação aprovada sem oposição – não pudesse também, ela própria, proceder à extinção dessa limitação.

No que diz respeito às outras três há quem entenda que “...as proibições enunciadas no n.º 2 do artigo 1422.º poderão ser afastadas pelos condóminos quando unicamente estiverem em causa os seus interesses privados, uma vez que, nesse âmbito, o preceito não pode ser de ordem imperativa...”⁴⁴⁶, como também há quem entenda que “...as proibições enumeradas são, em princípio de ordem imperativa...”⁴⁴⁷.

Em nossa opinião estas três limitações têm carácter imperativo, com a clara e única exceção das obras que modifiquem a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício, obras essas que, nos termos do n.º 3 do artigo 1422.º, podem ser realizadas se obtiverem a prévia autorização de dois terços do valor total do prédio e assembleia de condóminos. Ora, se o legislador pretendeu criar esse único regime excecional, e não havendo lugar a aplicação analógica de normas excecionais, não compreenderíamos como se poderia considerar que as situações não previstas na exceção configurassem uma solução jurídica a ela semelhante.

⁴⁴⁶ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 178.

⁴⁴⁷ PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 219.

Acompanhamos assim a imperatividade defendida por Rodrigues Pardal e Dias da Fonseca, afastando-nos, conseqüentemente, da *supra* referida opinião de Rui Miller, quanto à possibilidade de poderem só estar interesses particulares em jogo para permitir o afastamento destas normas, considerando que a única situação em que, efetivamente estão sempre interesses particulares em jogo – uma vez que a aprovação da assembleia de condóminos não afasta, quando necessárias, as autorizações administrativas – será nas alterações estéticas, que modifiquem a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício, e apenas nessas, que, por maioria de razão, se podem, casuisticamente e com uma maioria que não exige unanimidade, ser autorizadas pela assembleia. Na nossa opinião, nada impede que, por alteração do título constitutivo sejam, desde logo autorizadas esse tipo de alterações⁴⁴⁸, sendo este o único caso em que a proibição tem carácter supletivo.

iii) Quanto ao carácter taxativo ou meramente exemplificativo das situações enunciadas no n.º2 do artigo 1422.º

Questiona-se muito se as situações descritas nas alíneas a) a d) deste número têm carácter taxativo ou exemplificativo. Para Rui Miller “...a enumeração de atos proibidos aos condóminos, que se faz no n.º 2 do artigo 1422.º, sendo embora vinculativa, é meramente exemplificativa...”⁴⁴⁹. Para sustentar a sua opinião, o autor apoia-se nas previsões do n.º 1 do artigo 1422.º, por remeter para as limitações específicas do direito de propriedade e da compropriedade, assim como no texto da alínea d) do n.º 2 do mesmo artigo por este permitir a criação de novas limitações à atuação dos condóminos por parte do título constitutivo ou por deliberação da assembleia.

No que diz respeito ao primeiro argumento, da remissão para as limitações resultantes do direito de propriedade e da compropriedade, vemo-nos obrigados a proceder à análise, ainda que superficial, desses dois institutos. O direito de propriedade, cujo conteúdo está previsto no artigo 1305.º, permite ao proprietário “...gozar de um modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das

⁴⁴⁸ Entendemos até que essa autorização pode ser genérica, mais ou menos ampla, permitindo que nunca se careça de alteração para alterar a linha arquitetónica, ou permitir que, por exemplo, para fechar varandas não se careça de autorização, apenas possa ser essa autorização concreta, como por exemplo se isentar a autorização de fechar varanda desde que a obra obedeça a determinado projeto pré estabelecido.

⁴⁴⁹ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 177.

coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas...”, do que resulta, por simples interpretação declarativa desta norma, que as únicas limitações a que, por aplicação dela, ficasse o condómino sujeito, tinham elas próprias carácter imperativo. Se não bastasse, ainda acrescenta a lei no n.º 1 do artigo 1306.º que “...*não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade... ..senão nos casos previstos na lei...*”. Em relação à compropriedade, por remissão tácita do n.º 1 do artigo 1405.º, fica esta sujeita ao mesmo sistema de taxatividade de limitações.

Em relação ao segundo argumento, não obstante a alínea d) do n.º 2 do artigo 1422.º ser objeto de aprofundamento mais à frente, não nos podemos esquecer, desde já, da natureza das limitações, que se possam vir a criar, aí previstas. Pedagógica é a posição de Henrique Mesquita, quando refere que “...*estas restrições de origem negocial fazem parte do estatuto do condomínio, o que equivale a dizer que têm natureza real e, portanto, eficácia erga omnes...*”⁴⁵⁰, o que, por maioria de razão, as torna sujeitas à taxatividade prevista no artigo 1306.º. Assim, numa análise mais superficial, poderia parecer que existiria um claro conflito entre estas duas normas.

Se atentarmos a outros direitos reais, nomeadamente as servidões prediais e o direito de usufruto, em ambos há a possibilidade de criação de restrições ao exercício do direito que não resultem diretamente da própria lei.

Em relação às servidões prediais, estabelece o artigo 1544.º que “...*podem ser objeto da servidão quaisquer utilidades, ainda que futuras ou eventuais, suscetíveis de ser gozadas por intermédio do prédio dominante, mesmo que não aumentem o seu valor...*”, o que nos leva a concluir que, desde que seja de um prédio em relação a outro prédio, são livres, os titulares, de criar as restrições que lhes aprouver.

De igual forma, no que diz respeito ao usufruto, estabelece o artigo 1445.º que “...*os direitos e obrigações do usufrutuário são regulados pelo título constitutivo do usufruto...*”, o que, também aqui, permite concluir que, com a elaboração do título constitutivo, pode o proprietário criar as limitações que entender ao usufruto ora constituído, não estando assim restrito às limitações legalmente estabelecidas⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 121.

⁴⁵¹ PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *ob. cit.*, 1971, pág. 382, que “...*significa esta disposição que há uma certa variabilidade no conteúdo do usufruto, uma vez que é possível estipular-se uma dimensão de poderes e um conteúdo de usufruto, variáveis de caso para caso... ..aliás, no tocante aos poderes das partes de conformarem o conteúdo do usufruto, cremos que se pode excluir uma ou outra utilidade, um ou outro produto útil, não implicando, porém, esta faculdade o poder-se ir ao ponto de fazer incidir o usufruto sobre a fruição de uma só utilidade...*”.

Ora, o aludido conflito, em nossa opinião, é mais aparente do que real. Com a previsão do artigo 1306.º não é possível aos titulares de direitos reais criarem limitações ao gozo ou exercício desses direitos, senão nos casos previstos na lei. Com isso, pretende a lei estabelecer, não apenas uma taxatividade imediata, mas sim uma taxatividade que também pode ser mediata. O legislador poderia ter optado por não abrir a possibilidade, em situação alguma, aos titulares de direitos reais condicionarem o conteúdo do seu poder soberano sobre a coisa, e aí teríamos exclusivamente uma taxatividade imediata, mas optou, o que merece o nosso acordo, por permitir o condicionamento dessa soberania, se bem que apenas nos casos previstos na lei.

Assim, cumprimos o princípio da taxatividade, de uma forma imediata, não podendo modelar os direitos reais, e cumprimos o princípio da taxatividade de uma forma mediata quando não criamos restrições aos direitos reais fora das situações em que a lei tal permite. Esta taxatividade prevista no artigo 1306.º estabelece assim, no nosso entendimento, a regra da taxatividade em sentido imediato e, excepcionalmente, nos casos previstos na lei, a taxatividade em sentido mediato, sublinhe-se, o primeiro, regra, e o segundo, exceção.

No que diz respeito à análise do n.º 2 do artigo 1422.º, afastamo-nos assim da opinião de Miller, considerando que as circunstâncias casuísticas aí estabelecidas têm carácter taxativo, em sentido imediato, nas três primeiras alíneas e em sentido mediato na alínea d). Como as normas excepcionais não comportam aplicação analógica, qualquer limitação ao exercício dos direitos dos condóminos, que não resulte da lei através dos limites à propriedade, à compropriedade, ou à propriedade horizontal, só será válida se tiver sido estabelecida em estrito cumprimento do artigo 1422, n.º 2 d), não podendo, fora desses casos, ter natureza real.

iv) Qual é o significado de linha arquitetónica e arranjo estético do edifício

Atendendo a que o texto da norma proíbe o prejuízo, com obra nova ou falta de reparação, a segurança, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício, precisamos nesta fase de delimitar o sentido e o alcance desses conceitos, para assim podermos delimitar os tipos de intervenções que estão vedados aos condóminos, e aqueles que, por nesses conceitos não se integrarem, aos condóminos não estão vedados.

Entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 20 de Julho de 1982, que “...a expressão “linha arquitetónica”, aplicada a um prédio urbano, significa o conjunto dos elementos estruturais de construção que, integrados em unidade sistemática, lhe conferem a sua individualidade própria e específica...”⁴⁵², e este entendimento tem sido seguido, de uma forma constante e uniforme, pelos tribunais superiores⁴⁵³, tendo o mesmo sido reafirmado, mais recentemente, pelo Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 17 de Fevereiro de 2011⁴⁵⁴.

Esta definição, que não diverge da generalidade da doutrina⁴⁵⁵, remete para os elementos estruturais previstos no artigo 1421.º n.º 1 a), e na autonomização que a sua identidade geométrica cria, inserindo assim aqui, os alicerces, colunas, pilares e paredes mestras⁴⁵⁶ – não deixando de salientar, uma vez mais, e tal como anteriormente foi referido, que as paredes exteriores só serão afetadas por esta norma no caso de serem também paredes mestras, destinadas à sustentação do edifício, e não se forem meras paredes de isolamento, situação na qual também não têm estatuto de parte necessariamente comum –. Verifica-se assim, que existe, na doutrina e na jurisprudência, uma convergência entre os elementos sobre os quais incide a linha arquitetónica do prédio e aqueles que são, nos termos da lei, necessariamente comuns.

Na nossa opinião, esta convergência não é absoluta, pois se o conceito de linha arquitetónica integrasse, em absoluto, as coisas necessariamente comuns, estaríamos a

⁴⁵² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Julho de 1982 (proc. 70204), in BMJ, n.º 319, 1982, pág. 301, e n.º convencional JSTJ00009028.

⁴⁵³ A título de exemplo RL 12-10-89; 01-03-88; RP 27-07-96; 06-03-2007; 26-05-98.

⁴⁵⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 2011, n.º do processo 881/09.2TVLSB.L1.S1.

⁴⁵⁵ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 123. Onde entende que “...a linha arquitetónica é um bem comum a todos os condóminos, cuja diminuição pode alterar o valor comercial do edifício e, em consequência, o valor da fração autónoma. Resulta do conjunto do traçado e dos elementos ornamentais que constituem as notas uniformes e dominantes do edifício e que imprimem às várias partes do edifício e ao edifício no seu conjunto, do ponto de vista estético, uma determinada fisionomia unitária e harmónica, do ponto de vista arquitetónico mais ou menos valiosa ou mais ou menos aprazível...”, ALVES, JOÃO, *ob. cit.*, 2011, pág. 99. Onde refere que “...determinar a linha arquitetónica de um edifício envolve a apreensão de um conjunto de fatores e características formais, ou seja a sua forma e detalhes estético-construtivos...”, referindo ainda, mais à frente que “...determinar a linha arquitetónica de um edifício envolve a apreensão de um conjunto de fatores e características formais, ou seja a sua forma e detalhes estético-construtivos...”, e NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 183, onde estabelece que “...a linha arquitetónica será, pois, o produto individualizado que resultou do exercício da... [arquitetura] ...e que lhe confere, em maior ou menor grau, um cunho de identidade...”.

⁴⁵⁶ A questão do solo foi daqui propositadamente excluída, pois ou este é parte comum, e não se lhe aplica o n.º 2 do artigo 1422.º, ou, sendo parte de uma fração a construção sobre ele está a criar uma inovação fora do edifício, não podendo alterar assim a sua linha arquitetónica. No entanto não deixa de alterar o arranjo estético, caso seja visível do exterior, o que impede a construção, por exemplo, de uma arrecadação, e não impede a construção, por exemplo, de uma piscina, que como está feita abaixo do solo não é visível do exterior.

englobar estas na previsão do n.º 2 do artigo 1422.º, que, como anteriormente referimos, entendemos só se aplicar às frações autónomas. Aceitar-se que se aplicava também a determinadas partes, definidas especificamente, que são necessariamente comuns, seria uma contradição.

Assim, entendemos que a correta definição de linha arquitetónica deverá incluir, eventualmente, partes próprias da fração, e não previstas no artigo 1421.º, resultando o seu significado num conjunto dos elementos da construção que, integrados em unidade sistemática, lhe conferem a sua individualidade estrutural própria e específica nos limites da sua volumetria, vistos como um todo, incluindo assim elementos estruturais e não estruturais do edifício. Se imaginarmos um prédio que, originariamente tem um andar intermédio com uma construção em vidro, de área considerável, assente numa estrutura metálica, que provoque uma descontinuidade na estrutura estética do prédio, essa construção, não sendo nenhum elemento estrutural, cabe, no entanto, e segundo a definição proposta, no conceito de linha arquitetónica.

Por seu lado, arranjo estético será “...em especial,... [o]...conjunto de características visuais que conferem unidade sistemática ao conjunto...”⁴⁵⁷, “...aquelas que afetam a beleza ou prejudicam a unidade sistemática do imóvel (devendo tratar-se neste caso de obras visíveis do exterior)...”⁴⁵⁸, ou, nas palavras de Abílio Neto, “...arranjo estético terá a ver prevalentemente com a imagem de arte e de beleza que liberta...”⁴⁵⁹. A questão que se discute sobre se as limitações às alterações ao arranjo estético do edifício impendem apenas sobre o seu exterior ou se, de forma diversa, também se estendem ao seu interior parece-nos da maior relevância e atualidade. No entendimento de Sandra Passinhas⁴⁶⁰, a visão de que esta norma só se aplica ao exterior do edifício evidencia-se quando refere “...que esta visão precisa de ser atualizada, mormente ao nível da arquitetura de interiores. Assim, não será de

⁴⁵⁷ SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 101.

⁴⁵⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17 de Janeiro de 2000, n.º convencional JTRP00027271.

⁴⁵⁹ NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 183. A confusão entre os conceitos de linha arquitetónica e arranjo estético é grande e a sua distinção, na prática pouco clara, mas à questão não tem sido dada significativa relevância na jurisprudência, uma vez que o tratamento jurídico em ambas as situações é o mesmo. Acontece por vezes, até, como fez o Tribunal da Relação do Porto em Acórdão de 17 de Janeiro de 2000, admitir que a situação íntegra ou um ou o outro conceito, constando do sumário desse acórdão, n.º convencional JTRP00027271, “...a colocação de aparelhos de ar condicionado, em caixas de alumínio pintadas embora à cor das paredes, com dimensões de 1 metro de largura, 75 centímetros de altura e 55 centímetros de profundidade, no exterior das paredes e perfeitamente visíveis do exterior, constitui obra que altera a linha arquitetónica ou que, pelo menos, prejudica o arranjo estético do edifício...”

⁴⁶⁰ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 126.

excluir que a proteção da linha arquitetónica contra a alteração das partes próprias se prolongue para o interior do edifício, embora, naturalmente, em termos muito limitados (por exemplo, ao nível de um pátio ou de um jardim em propriedade exclusiva...⁴⁶¹.

A nosso ver, e acompanhando a posição de Pires de Lima e Antunes Varela⁴⁶², as limitações às alterações ao arranjo estético do edifício, em virtude de intervenções nas frações autónomas, só se podem aplicar àquelas que forem visíveis do exterior, pois são aquelas que podem influenciar a estética do edifício em relação aos terceiros que lhe são estranhos. No interior do edifício, as alterações estéticas só são visíveis pelos condóminos ou pelas pessoas que, com autorização dos condóminos, entram no condomínio. Com base no artigo 1422.º, n.º 2 d), desde que a deliberação seja tomada sem oposição, os condóminos podem livremente criar, restrições que se estendam ao interior do edifício.

Por outro lado, as alterações à estética exterior do edifício vão afetar, a imagem visual, respeitante a todos os terceiros que, nada tendo a ver com o condomínio, são confrontados com a sua existência. A imposição de alteração não deverá ser casuística por vontade de apenas um condómino, pois vai afetar a imagem do edifício de todos perante esses terceiros, mas deverá ser aprovada com uma larga maioria (dois terços do valor total do prédio)⁴⁶³.

Em ambos os casos, previstos no n.º 2 do artigo 1422.º, a sanção prevista para o incumprimento, no que toca a construção de obra indevida, é a demolição, não havendo lugar a qualquer indemnização⁴⁶⁴. Salienta-se que a exigência desta demolição deverá ser feita mal a obra esteja concluída ou em fase de construção. O

⁴⁶¹ No caso em apreço, não obstante a autora se referir a “linha arquitetónica”, parece-nos no entanto que o exemplo se aplica mais ao “arranjo estético”, quer por ser de difícil projeção uma alteração numa fração que prejudicasse a linha arquitetónica no interior de um edifício quer porque, para ilustração da opinião, a autora ter citado acórdão da Relação do Porto de, de 26 de Maio de 1988, em que o seu texto refere: “...as limitações relativas à estética são aquelas resultantes da sua visibilidade exterior, e podem constituir uma simples pintura na vedação de uma varanda ou no acrescentamento de obra feita no logradouro...”.

⁴⁶² LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 425, onde referem que “...quanto às limitações relativas à estética do edifício, é evidente que apenas se aplicam aos elementos da fração autónoma visíveis do exterior...”.

⁴⁶³ Cf. artigo 1422.º, n.º 3.

⁴⁶⁴ SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 102, onde refere que: “...a sanção correspondente à realização das referidas obras novas é a destruição delas, isto é, a reconstrução natural, que não pode ser substituída por indemnização em dinheiro, ao abrigo do princípio da equidade estabelecido nos art.º 566º n.º 1 e 829º n.º 2, porque este princípio só vale para o não cumprimento das obrigações em geral e não para a violação do estatuto real do condomínio em que estão em jogo regras de interesse e ordem pública atinentes à organização da propriedade, que bolem com os interesses de todos os condóminos do prédio...”.

caso de não se reagir imediatamente, permitindo a passagem de longos anos até que se intente a ação, não permitindo nenhuma forma de formal prescrição aquisitiva do direito a manter a obra⁴⁶⁵, tem sido aceite pelos nossos tribunais como enquadrável no instituto do abuso do direito⁴⁶⁶, como aconteceu com o Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão de 26 de Abril de 2006⁴⁶⁷, que considerou que “...*Sendo os autores e réus titulares de frações autónomas, adquiridas em 1987, a daqueles antes da destes, o exercício do direito de demolição das inovações registadas, após o decurso de um prazo dilatado, de cerca de quinze anos, em que a confiança destes se firmou em expectativas alicerçadas pela consolidação do tempo, renunciadoras da neutralização do seu eventual direito, consubstancia uma situação de inequívoco abuso de direito...*”⁴⁶⁸. Igualmente tem sido considerado abuso de direito a situação em que, perante a existência de vários condóminos construindo em violação desta norma, apenas contra um seja proposta ação⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ Só os direitos reais taxativamente previsto na lei são adquiríveis por usucapião, e aqui não estamos perante a constituição de nenhum direito real mas apenas perante a alteração, que a lei apenas prevê se autorizado por dois terços da assembleia de condóminos, do estatuto que rege o direito soberano sobre a fração, imergente do direito real de propriedade horizontal. Cf. artigo 1287.º e 1306.

⁴⁶⁶ Cf. artigo 334.º.

⁴⁶⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Abril de 2006, n.º do processo 405/2006.

⁴⁶⁸ Parece-nos de especial relevância, a este respeito, o voto de vencimento da Desembargadora Maria João Areias, em acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de Setembro de 2010, n.º do processo 881/09.2TVLSB.L1-7, onde refere que “...*A Ré opõe-se ao pedido de demolição do anexo, alegando, em síntese, que, quando adquiriu a fração, já existia no logradouro, como parte daquela, e há mais de 25 anos, uma construção com a mesma volumetria, construção que foi levada a efeito para se encontrar instalada no logradouro de forma permanente e estável, tal como a construção anterior, reconstrução que se impôs face ao estado deplorável em que se encontrava a construção antiga. Tal matéria, bem como as precisas características da construção anteriormente existente e da construção atual, poderiam ter relevância para determinar se nos encontramos, ou não, perante uma “obra nova” e para a averiguação de um eventual abuso de direito no pedido de demolição da mesma...*”.

⁴⁶⁹ Entendeu o Tribunal da relação do Porto, em acórdão de 9 de Outubro de 2007, n.º convencional JTRP00040691, que “...*Nenhuma das marquises, janelas de caixilharia dupla, grades e janela de correr obteve autorização da assembleia de condóminos. Assim sendo, consistirá a presente atuação do condomínio-autor numa situação de “venire contra factum proprium”? Resulta dos factos assentes que o condomínio-autor quer perante o surgimento no edifício de várias marquises, semelhantes às do réu, erigidas em diversas zonas das suas fachadas, quer perante e perante a substituição de diversas caixilhariadas das janelas do prédio e de portas exteriores por outras de vidro duplo ou por janelas de vidro duplo, quer ainda pelo surgimento de grades no exterior de lojas; obras essas que foram realizadas sem qualquer autorização da assembleia de condóminos, teve, objetivamente, no passado, uma atuação permissiva, inativa, que legitimamente podia ser (e foi) entendida como uma tomada de posição em relação a qualquer situação idêntica e futuro. Perante tal situação objectiva, criada pelo próprio autor, surgiu no réu a confiança legítima de que se erguesse na sua fração, como fez, uma marquise idêntica às pré-existentes no imóvel, mesmo sem solicitar, para o efeito, prévia autorização à assembleia de condóminos, o condomínio não iria exercer, contra si, os direitos de ação consubstanciados no n.º 3 do art.º 1422.º do C.Civil. E assim sendo, o réu decidiu investir na realização das tais obras, cuja demolição lhe acarretará naturais danos. É patente que o réu ao assim confiar, agiu de boa-fé e com os cuidados e precaução que, no caso, lhe eram exigíveis. Por tudo isto, não nos repugna considerar que o condomínio-autor ao exigir, apenas do réu, e não aos demais condóminos que possuem no imóvel construções idênticas à sua e realizadas também sem qualquer autorização da assembleia de condóminos, está a agir em abuso de direito, ou seja,*

Neste ponto, levanta-se ainda uma questão variante desta. Imaginemos que se pretende que um condómino que construiu uma obra recentemente, não autorizada e em violação do disposto na alínea a), do n.º2, do artigo 1422.º, essa obra feita em substituição de outra, demolida para o efeito, antiga e também não autorizada. Ora, não havendo, como vimos, qualquer prescrição aquisitiva num eventual direito de manter obra em violação desta norma, levantar-se-á apenas a questão do abuso do direito e de se saber em relação a que obra é que foi prejudicada a linha arquitetónica ou o arranjo estético.

Em resposta à segunda questão, é pacífico, como entendeu o Tribunal da Relação do Porto, em 9 de Outubro de 2003, que “...*está assente na nossa Jurisprudência que a "linha arquitetónica" a que se refere o artº 1422º do C.Civil, e as inovações a que se refere o artº 1425º do mesmo diploma, se reportam ao desenho inicial do prédio, ou seja, ao prédio tal como foi projetado, licenciado e construído, e não às situações de facto eventualmente existentes à data em que as alterações foram praticadas...*”⁴⁷⁰.

No que diz respeito à segunda questão, o abuso de direito não pode ser visto em abstrato, mas sim, casuisticamente, atendendo à situação concreta.

A razão de ser da autonomização destes dois conceitos, linha arquitetónica e arranjo estético, ao lado do conceito de segurança do edifício, não é redundante e tem forte razão para acontecer. Quando falamos em segurança do edifício, estamos a falar obviamente, quer na segurança estrutural, quer na segurança de utilização.

Em relação ao primeiro conceito – linha arquitetónica –, poderia parecer que a lei seria redundante, ao proibir a realização de obras novas capazes de prejudicar a segurança, e proibindo também a realização de obras novas capazes de prejudicar a linha arquitetónica, pois não faria qualquer sentido que uma obra que pusesse em causa a segurança não alterasse a linha arquitetónica.

No entanto, isto não é exatamente assim. Se apenas considerássemos a componente passiva desta obrigação real – obrigação de se abster de, com obra nova, prejudicar – obviamente que prejudicando a segurança, intervindo nos elementos estruturais, estaria provavelmente também, a prejudicar a linha arquitetónica. Se

excedendo manifestamente os limites impostos pela boa-fé, na modalidade de “venire contra factum proprium”, o que obstaculiza o exercício do seu direito, pelo que se julga a ação improcedente e absolve-se o réu do pedido contra ele formulado...”

⁴⁷⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 9 de Outubro de 2003, n.º convencional JTRP00040691.

olharmos para a obrigação real de uma forma mais abrangente, incluindo a sua componente ativa – obrigação de proceder a reparações – obviamente que aqui, ao não reparar uma parede que ruiu, não se está a prejudicar a linha arquitetónica, pois essa linha já está prejudicada. Efetivamente, em relação ao edifício que ainda existe, com essa omissão, seria prejudicada a sua segurança, por exemplo, não evitando que ele venha a ruir por falta de sustentação.

Pela mesma ordem de ideias, se através de uma obra nova ou através da não reparação de uma ruína parcial, estiver a permitir um acesso mais fácil de terceiro ao interior do prédio, daí pode resultar perigo para a segurança de todos os condóminos porque pode favorecer ou estimular a prática de assaltos.

Obviamente, se atentarmos ao caso da instalação de aparelhos de ar condicionado no exterior de um edifício, entendemos que, não deixando de ser uma obra nova, não põe em causa, nem a segurança, nem a linha arquitetónica, uma vez que não provoca nenhuma alteração sobre a estrutura do edifício. No entanto, por regra, pode-se concluir que poderá pôr em causa o arranjo estético, na medida em que a unidade sistemática ou a identidade estética possam ser afetadas.

Poderá acontecer, por vezes, que a colocação de um aparelho de ar condicionado anteriormente inexistente, não ponha em causa o arranjo estético do edifício. Imaginemos que num prédio de dez andares, os dois últimos, de configuração igual aos oito restantes, dispõem desde o projeto inicial de ar condicionado com as suas respetivas caixas exteriores. Obviamente que quem observar o prédio do exterior verá um volume com as duas caixas nos dois últimos andares. Se o condómino do oitavo andar pretender instalar um aparelho de ar condicionado, a nosso ver, a passagem da existência de caixas exteriores, apenas dos dois últimos andares para os três últimos, em nada afeta o arranjo estético⁴⁷¹.

2.3. Dever de se abster de destinar a fração a usos ofensivos dos bons costumes

O artigo 1422.º, n.º 2, alínea c) estabelece que “...*é especialmente vedado aos condóminos... ...destinar a sua fração a usos ofensivos dos bons costumes...*”. Para

⁴⁷¹ A situação pode ser diferente se ao invés de ser o condómino do oitavo andar for um condómino de um andar inferior, caso em que não é tão certo que a homogeneidade estética não seja posta em causa, o que só poderá ser resolvido através de peritagem ou, numa interpretação autêntica da relevância da intervenção, por parecer do arquiteto autor do projeto do edifício.

percebermos qual a limitação imperativa que aqui está em causa, temos que, antes de mais, concretizar o conceito de bons costumes.

O conceito de bons costumes, associado à adequação de determinado comportamento concreto ao considerado, em dado momento e em dada sociedade, como comportamento correto ou incorreto, é um conceito indeterminado cuja adequação e análise ao caso concreto resulta muito mais de hipotéticos sentimentos, valores ou até interesses de quem avalia, do que de conceitos estabilizados ou consolidados pela lei, muito pouco substantiva, ainda que autores como Mota Pinto⁴⁷² e Menezes Cordeiro⁴⁷³ abordem tal assunto no âmbito do caráter pessoal como da moral pública.

Manuel de Andrade, comentando esse conceito de *moral pública* constante do artigo 672.º n.º 4 do Código Civil de 1867 (Código de Seabra)⁴⁷⁴, distinguia a moral que se observava na prática do dia a dia, da vida real, e a por ele denominada *moral autêntica*, que era aquela que seria constante mesmo nos períodos de maior degradação dos costumes, identificando a primeira por *mores* e a segunda por *boni mores*⁴⁷⁵. Ora, sobre este segundo tipo de moral pública, que pode ser transportada para o conceito de bons costumes atual, estabelecia assim que aquela moral que não poderia ser contrariada pelas partes, seria imutável no tempo e nos costumes, não se percebendo, no entanto, se uma evolução dos costumes implicaria a ilegalidade dos mesmos, ou se, por outro lado, apenas implicaria que determinados atos passassem do conceito de *mores* para o conceito de *boni mores*.

Aceitando-se, para já, esta divisão como metódica, e centrando-nos nos exemplos referidos por Antunes Varela⁴⁷⁶, considerados de atos típicos imorais, como “...a aplicação do imóvel a casa de prostituição, a casa de passe, a encontros de homossexuais, a permutas de casais, a espetáculos de strip-tease, a venda de publicações ou objetos pornográficos, a exibição de nudismo ou de atos sexuais...”,

⁴⁷² PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil* (3ª edição atualizada, 9.ª reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1994, entende que usos ofensivos dos bons costumes são “...uma noção variável, com os tempos e os lugares, abrangendo o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, corretas, de boa-fé, num dado ambiente e num certo momento...”. Não deixa de ser curioso, na definição deste Professor, que se faça implícita remissão para novos conceitos indeterminados, como o conceito de honesto, de correto e de boa-fé.

⁴⁷³ CORDEIRO, A. MENEZES, «Da Boa-fé no Direito Civil», Almedina, Coimbra, 1997, pág. 1213.

⁴⁷⁴ Estabelecia essa norma que “...não podem legalmente ser objeto do contrato... ..os atos contrários à moral pública ou às obrigações impostas por lei...”.

⁴⁷⁵ ANDRADE, MANUEL DE, «Teoria Geral da Relação Jurídica, II, 4ª Reimpressão», COIMBRA, 1974, pág. 341.

⁴⁷⁶ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, «Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 122», 1989, pág. 155.

verificamos que, para os dias de hoje, alguns destes exemplos já abandonaram o conceito de *boni mores*, e talvez mesmo de *mores*, como no caso da referência a encontros de homossexuais, encontros esses que, no entendimento do nosso legislador, nada têm de imoral, sendo mesmo expressamente permitido o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, por força da alteração introduzida pela Lei 9/2010, de 31 de Maio, ao artigo 1577.⁴⁷⁷

Mais longe ainda foi o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 10 de Fevereiro de 1959⁴⁷⁸, ao afirmar no seu sumário: “*Verifica-se a ilicitude e a desonestidade dos fins a que foi aplicado o prédio arrendado pela inquilina para a sua exclusiva habitação, se esta vive amancebada com um homem casado, pois tal situação é desonesta, por inequivocamente aberrante dos bons costumes, do pudor, da correção moral e da decência do estado*”. Ora tal decisão, aos olhos de hoje, e perante o atual sentimento coletivo do que é socialmente aceitável, é, a nosso ver, ela própria inequivocamente aberrante.

Estas pertinentes questões, ora levantadas, quase que pareciam indicar que o conceito de bons costumes constante do Código Civil, como *boni mores*, estaria desatualizado, sobrevivendo apenas como *mores*, o que não teria relevância jurídica, sendo assim considerada letra morta qualquer referência existente a este conceito por desadequação temporal.

No entanto, por um lado, não se compreendia como poderia um diploma contemporâneo como o novo regime de arrendamento urbano, aditado ao Código Civil pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, estabelecer como causa de resolução do contrato de arrendamento “...a utilização do prédio contrária à lei, aos bons costumes ou à ordem pública...”, e por outro lado, é fácil fora dos casos *supra* citados encontrar situações que, não estando previstas na lei como proibidas, são abertamente enquadráveis no conceito de ofensa aos bons costumes⁴⁷⁹.

Procurar então, aqui, uma fórmula que permita, de uma maneira coerente, estabelecer qual a fronteira do que é violação dos bons costumes, e o que não é, associada ao facto de ter existido uma total ausência de jurisprudência dos tribunais superiores que analisasse a aplicação desta norma no âmbito da propriedade

⁴⁷⁷ Atualmente, a redação do artigo 1577.º estabelece que “...casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código...”, estando legalizado o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

⁴⁷⁸ Jurisprudência da Relação, 1956, pág. 75.

⁴⁷⁹ Imaginemos, por exemplo, o caso de um praticante de naturismo que se exponha, despido, na varanda de sua casa permitindo a constante visualização pelas crianças de um infantário vizinho.

horizontal, não é tarefa fácil⁴⁸⁰. Em primeiro lugar, e apreciando a opinião de Pinto Loureiro, também citado por Antunes Varela⁴⁸¹, será que “...as práticas imorais de que fala a lei vigente... ... necessitam de violar a moral pública (de ser contrárias a normas de direito público ou de interesse e ordem pública... [e assim] ...pretende significar que para serem relevantes, os atos ilícitos (ou as práticas imorais) necessitam de causar escândalo público, de revestir um mínimo de publicidade...”, ou, por outro lado, podem acontecer também no recato da fração autónoma, sem ser à vista de ninguém⁴⁸²?

Não podemos aqui esquecer, tal como fez Abílio Neto⁴⁸³, que esta norma, no que diz respeito ao passado dentro de cada fração autónoma, não pode violar o preceito constitucional consagrado no n.º 1 do artigo 26.º CRP, da autonomia da reserva da intimidade da vida privada e familiar. Obviamente que, se apenas em violação desse princípio pudessem os outros condóminos ter conhecimento dessa “violação” dos bons costumes, em nossa opinião nenhum direito lhes assistiria. Sendo, como vimos, o conceito de bons costumes, um conceito indeterminado associado a uma moral social, que não mais será que a seiva comum do conceito individual de certo ou errado de todos, não seria legítimo que alguém pudesse julgar, segundo os seus padrões morais, atos que, estando de acordo com a moral de um vizinho, aconteçam no recato da sua fração.

Obviamente que este princípio, da “não intromissão”, teria como limite, quer os ruídos que os atos pudessem provocar fora da fração⁴⁸⁴, que os tornariam públicos, quer mesmo todas as ações que obrigassem a exposição pública e projeção do que posteriormente dentro da fração se poderia vir a passar⁴⁸⁵.

⁴⁸⁰ A quase totalidade da jurisprudência encontrada, escassa por sinal, que se debruçasse sobre este conceito, era relativa à denúncia do contrato de arrendamento por parte do senhorio, com especial relevo para o acórdão da Relação de Coimbra de 9 de Maio de 1989, publicado em «Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 122», 1989, pág. 121 e seguintes, que não considerou ser motivo para denúncia de um contrato de arrendamento de uma loja de comércio, o facto de o inquilino, casado, “...desde há uns meses, ter introduzido por diversas vezes na loja arrendada, durante a noite e nas tardes dos dias de descanso, várias mulheres e com elas aí ter mantido relações sexuais...”, acórdão esse merecedor de assertivo comentário, pelo Prof. Doutor Antunes Varela.

⁴⁸¹ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *ob. cit.*, 1989, pág. 154.

⁴⁸² LOUREIRO, JOSÉ PINTO, *Manual do Inquilinato, Volume II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1941, pág. 81.

⁴⁸³ NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 184.

⁴⁸⁴ Cf. Artigo 1546.º e Capítulo III, 2.1.1.

⁴⁸⁵ O que aconteceria, por exemplo, se, para permitir que dentro da fração se expusessem quadros de violência ou sexo, se obrigasse os outros condóminos a verem-nos durante o transporte para dentro da fração. Esse problema poderia ser contornado mediante a escolha de uma hora de pouco movimento das zonas comuns menorizando assim os riscos de isso vir a acontecer.

Concluída que está a delimitação espacial de onde podem ocorrer os factos violadores dos bons costumes, que a nosso ver só relevam para efeitos de limitação à esfera jurídica do titular da fração se forem tidos publicamente ou de forma publicamente cognoscível, falta-nos agora, para concluir o nosso modelo, clarificar qual a fronteira entre os atos que possam objetivamente perturbar, por violação dos bons costumes, os outros condóminos, daqueles outros atos que, ferindo eventualmente os valores morais dos outros, isoladamente vistos, não possam objetivamente perturbá-los de um ponto de vista merecedor de tutela jurídica.

Para Sandra Passinhas⁴⁸⁶, e merecendo aqui o nosso total acordo, “...o que se pretende evitar, com esta proibição, é que seja dada ao prédio uma imagem prejudicial, que interfira com as outras frações autónomas, de modo a tornar degradante ou perigosa a vivência no edifício ou a desvalorizar ou depreciar economicamente as outras frações autónomas...”.

Partindo deste pressuposto, a análise da ofensa aos bons costumes, que como facto jurídico – e como tal elemento de uma relação jurídica em que há pelo menos dois sujeitos, o condómino que pratica os atos eventualmente ofensivos dos bons costumes, e o condómino que vê, com essa atuação, ofendido o direito de que o seu vizinho não o faça – a doutrina é escassa, e tem-se centrado na análise do comportamento em termos absolutos e não em termos relativos, como se extrai do defendido por Antunes Varela⁴⁸⁷.

Em nossa opinião, essa não é a forma mais correta de avaliar o problema, pois, clara e inequivocamente, pode acontecer que um comportamento que a generalidade das pessoas considere moralmente reprovável, não dê ao prédio uma imagem prejudicial, não interfira com qualquer outra fração autónoma, não tornando, conseqüentemente, degradante ou perigosa a vivência no edifício, e, também, não desvalorize ou deprecie economicamente as outras frações autónomas⁴⁸⁸.

Conseqüentemente, e para se poder enquadrar uma atuação como ofensiva dos bons costumes, deveremos proceder da seguinte forma: a) verificar se a atuação não

⁴⁸⁶ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 130.

⁴⁸⁷ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *ob. cit.*, 1989, pág. 125 ss.

⁴⁸⁸ Se se falar de um condomínio, com piscina, e maioritariamente habitado por família, com crianças e pessoas de todas as idades, poder-se-á considerar que o consumo excessivo de álcool, durante a tarde, junto à piscina, desvaloriza as frações, pois menos famílias estarão dispostas a pagar o preço de uma fração nesse prédio por aí não quererem viver. Pelo contrário se o condomínio for de apartamentos turísticos detidos maioritariamente por jovens, esse tipo de comportamentos em nada desvaloriza as frações.

está integrada em nenhuma outra proibição legal, pois a proibição de praticar atos ofensivos dos bons costumes é, a nosso ver, subsidiária, funcionando como última válvula de escape, e só se aplica a situações que, não sendo à partida ilícitas, são atentatórias dessa moral pública; b) verificar se a conduta do agente é, em abstrato, integrável no conceito de desadequação moral pela sociedade como um todo; c) verificar se a atuação acontece em público e de modo a ser legitimamente cognoscível; e d) verificar se o alegado ofendido vê tornar, com a atuação, degradada ou mais perigosa a vivência no edifício, ou veja a sua fração autónoma, direta ou indiretamente, desvalorizada ou depreciada.

Em relação a este último requisito a abordagem deverá ser tão ampla quanto possível. Se um pai, em virtude de um comportamento reprovável de um vizinho numa zona do jardim, se vê impedido de levar para lá os seus filhos, para que não assistam a essa atuação ilegítima, está obviamente, a ver a sua fração desvalorizada. Ao ter que procurar um outro lugar, que não foi sua primeira escolha, fica a sua vivência no edifício menos satisfatória e, conseqüentemente, a sua fração desvalorizada, devido, se outro motivo não existisse, pelo menos à necessidade de alterar a sua vida e aumentar os seus encargos. Isto obriga-nos a concluir que avaliação deste desvalor imposto ao outro condômino deve ser feita de uma forma subjetiva, atendendo à sua situação concreta, e não de uma forma objetiva.

Caso se verifiquem estes quatro requisitos, como consequência da atuação, terá cada condômino, em relação ao prevaricador, o direito juridicamente tutelado de exigir que este se abstenha de praticar os atos ofensivos dos bons costumes ou, se a eles houver lugar, reivindicar indemnização dos prejuízos sofridos com essa atuação⁴⁸⁹.

Ora aqui, e pelos mesmos motivos mais à frente explicados quando da abordagem da destinação da fração para fim diferente daquele a que se destina⁴⁹⁰, também não admitimos que, o administrador do condomínio, ainda que expressamente mandatado pela assembleia, possa ter legitimidade para, em representação do condomínio, acionar o condômino que atuar de forma violadora desta obrigação de facto negativa.

⁴⁸⁹ Cf. SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 104.

⁴⁹⁰ Cf. Capítulo III, 2.4.

2.4. Dever de afetar a sua fração apenas ao fim a que esteja destinada

Nos termos do artigo 1422.º, n.º 2, alínea c), “...*é especialmente vedado aos condóminos... ...dar-lhe... [à fração] ...uso diverso do fim a que é destinada...*”. O fim a que a fração se destina pode resultar, por um lado e em regra, do próprio título constitutivo, podendo obviamente ser alterado – no campo do direito civil⁴⁹¹ – por acordo de todos os condóminos⁴⁹², ou, por outro lado, sendo quanto a isso omissivo o título constitutivo, poderá a fração ser destinada ao fim para que primeiramente tenha sido licenciada e usada⁴⁹³, carecendo aqui, e mais uma vez unicamente do ponto de vista do direito civil, a alteração desse fim, ser autorizada, apenas, por deliberação da assembleia de condóminos, aprovada por maioria representativa de dois terços do valor total do prédio.

No entanto, e no momento da criação do título constitutivo da propriedade horizontal, não podemos ser indiferentes ao conteúdo da licença de construção do prédio sobre o qual o direito incide. A destinação de uma fração, no título constitutivo, a um fim diferente do previsto na licença de construção, tornará, “...*nos termos do artigo 294º do C. Civil, o título constitutivo ou modificativo da propriedade horizontal... ...parcialmente nulo (artigo 292º do C. Civil) ao atribuir... ...[por exemplo]... ...a uma dada parte comum ou fração autónoma do edifício destino ou utilização diferentes dos constantes do respetivo projeto aprovado pela câmara municipal...*”⁴⁹⁴.

No mesmo sentido, aprofundando ainda mais, estabeleceu o Supremo Tribunal de Justiça, que “...*aquela eventual desconformidade entre o projeto (de construção)*

⁴⁹¹ A alteração – posterior à constituição da propriedade horizontal e, como tal, da definição em sede de título constitutivo do fim a que se destina a fração – da licença de utilização por parte da câmara municipal, não produz efeitos no âmbito do direito privado mas apenas do direito público, não validando assim a alteração do fim da fração e contradição do título constitutivo, como, aliás, muito bem decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em 15 de Maio de 2008, n.º do documento SJ2008051507797, que “...*não se diga que, tendo a Câmara Municipal emitido licença de utilização, aos autores está vedado oporem-se a que o réu exerça aquela sua atividade naquele local; é que a Câmara Municipal tem como função assegurar o respeito pelas normas de direito público, a defesa de interesses públicos, não lhe cabendo resolver conflitos de natureza meramente privada entre particulares...*”

⁴⁹² Cf. artigoº 1419.º, n.º 1.

⁴⁹³ Cf. LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 426, onde referem, citando acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de, de 22 de Fevereiro de 1974, no BMJ n.º 234, págs. 241 e seguintes, “...*o destino das frações autónomas tanto pode ser estabelecido no título constitutivo, mediante declaração expressa, como resultar da forma como elas se encontram descritas, designadamente pelo que respeita, designadamente pelas características das divisões que a integram...*”.

⁴⁹⁴ Cf. assento do Supremo Tribunal de Justiça de 10-5-89, in DR, II, n.º 141, de 22.6.1989, pág. 6127.

licenciado pela câmara municipal e o teor da escritura de constituição de propriedade horizontal (normalmente por outorga unilateral do construtor/vendedor) será, de per si, gerador da nulidade da escritura, por se tratar de ato nulo por violação de preceito legal imperativo (norma de interesse e ordem pública) – artigos 294º, 1418º, nº3 e 1419º, nºs 1 e 2, do C. Civil...[e] ...a determinação contida no DL 281/99 de 26/7 da obrigatoriedade de apresentação da licença de utilização para a celebração de qualquer escritura de compra e venda relativa a imóveis habitacionais não se destina tão-somente a combater a venda de edificações clandestinas, construídas sem a necessária licença municipal de loteamento ou de construção, mas também a garantir a conformidade da obra concluída com o projeto aprovado, as condições do seu licenciamento e o uso previsto no alvará de licenciamento... [e] ...essa a razão pela qual o próprio Regulamento Geral das Edificações Urbanas (o chamado RGEU 51 aprovado pelo DL 38382 de 7-8-51) determina que nos projetos de construção sejam sempre indicados o destino da edificação, bem como a utilização prevista para os diferentes compartimentos...”⁴⁹⁵.

No caso de o título ser, quanto ao fim da fração, omissivo, não se aceita de forma alguma que, ao contrário do referido por Frédéric Aeby, que se vá ainda mais longe, “...sustentando que o destino das frações autónomas, mesmo que o título constitutivo, de modo expresso ou tácito, nenhuma informação forneça a esse respeito, se pode inferir da localização do imóvel (v. g., num bairro exclusivamente residencial) ...”⁴⁹⁶.

A justificação para esta perentória rejeição prende-se, por um lado, pelo facto de não ter, no direito português, a mais ténue sustentação legal, e, por outro lado, pelo facto de, nos dias atuais, não se compreender que nas zonas residenciais, exista um entendimento subsidiário de que o omissivo é residencial, da mesma forma que não se compreenderia também, que nas zonas destinadas maioritariamente ao comércio e indústria, subsidiariamente, se aceitasse que o destino de uma fração não pudesse ser a habitação.

Aceitar-se o descrito, imediatamente acima, o que nos levanta muitas reticências, prejudicaria não só a complementaridade que, numa zona residencial, podem ter as frações destinadas à prestação de serviços, bem como a mesma

⁴⁹⁵ Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 18 de Setembro de 2003, n.º do documento SJ200309180023552.

⁴⁹⁶ AEBY, FRÉDÉRIC, *ob. cit.* n.º 245.

complementaridade que podem dar frações residências para habitação de trabalhadores, numa zona comercial ou industrial, como também poderia levantar dúvidas, no caso de o título constitutivo ser omissivo, se poderia ser licenciado um fim, para determinada fração, diferente do universo geral dessa zona, circunstância que poderia redundar num tremendo absurdo.

Esse absurdo consistiria no facto de, ao deixar omissivo o título constitutivo, tornar, desde logo, nula a licença de construção, à qual a licença de utilização terá de obedecer, que destinasse a fração a um fim diferente do da zona em que se inserisse, o que já não aconteceria se existisse um fim previsto no título. Teríamos uma licença de construção que, depois, não podendo ver o fim a que se destina a fração ser contrariado pela licença de utilização, veria a sua validade dependente da existência ou inexistência de fim no título constitutivo, fim esse que não tem imperativamente de constar. Se existisse, mesmo contrariando o habitual na zona em que se inseria, seria válida, e se não existisse, provocando uma desconformidade entre a licença de utilização e o comum na zona em que se inseria, seria nula.

Caso o título constitutivo seja omissivo quanto ao fim da fração, e não constando esse mesmo fim de qualquer regulamento do condomínio⁴⁹⁷, entende-se que poderá ser utilizado para qualquer fim não proibido por lei⁴⁹⁸, salvo se outro fim já vier vindo a ser dado a essa fração, situação em que a destinação da fração a um fim diferente implica a aprovação, em assembleia, dos condóminos representativos de dois terços do valor total do prédio⁴⁹⁹.

Não acompanhamos os dois acórdãos referidos no que toca à parte em que, ambos, referem que o fim, além de poder estar expressamente estabelecido no título, pode ainda, “...*tacitamente... ... resultar das características internas do espaço que integra cada uma das frações, como, até, das características do prédio de que a fração faça parte ou do conjunto urbanístico em que o prédio esteja integrado ou da sua localização...*”, porque, por um lado, as características internas de cada fração não criam, por delas nem terem que conhecer, expectativas legítimas aos outros condóminos, e, por outro lado, as características do prédio e sua localização, não nos parece que condicionem o fim das frações, quer pelos motivos *supra* expostos, quer

⁴⁹⁷ Cf. SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 104.

⁴⁹⁸ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 131 e acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04 de Maio de 1993, n.º do documento RL199305040053561, e de 02 de Maio de 2002, n.º do documento RL200205020026842

⁴⁹⁹ Cf. artigo 1422.º, n.º 4.

ainda pelo facto de, estando no campo da limitação do direito de propriedade do titular da fração, sendo este um direito fundamental constitucionalmente protegido, não se compreenderia que este se encontrasse restringido por realidades conjunturais, sem qualquer tipo de previsão legal.

Deveremos, no entanto, lembrar, e interpretando enunciativamente, que sendo nula, como atrás vimos, uma disposição que estabelecesse um fim que contrariasse o projeto de construção do edifício, caso esse fim não exista, por maioria de razão, proibida está também qualquer utilização que também contrarie esse projeto.

Tendo isto assente, e na aplicação do presente instituto, ainda se levantam questões que merecem tratamento individualizado, entre as quais se aponta a) em que consiste o fim a que a fração se destina e como deve ser interpretado?; b) quais as consequências da alteração ilegal do fim?; e c) se o tempo tem ou não tem relevância como fator de estabilização de um fim diferente do determinado? É disso que passaremos a tratar.

2.4.1. Em que consiste o fim a que a fração se destina e como deve ser interpretado?

O fim a que se destina uma fração autónoma consiste na definição da atividade que justifica a sua existência na esfera jurídica do proprietário, é a atividade para que ele tem essa fração. Esse fim constitui, para o titular, uma limitação ao exercício do direito de propriedade sobre a fração, direito esse que, configurando um estatuto de domínio soberano sobre a coisa, à partida, não sofreria qualquer compressão de ordem natural.

Existindo um fim para determinada fração no título constitutivo⁵⁰⁰, e tendo este, obrigatoriamente origem num negócio formal⁵⁰¹ – atualmente escritura pública ou documento particular autenticado, se se tratar de propriedade horizontal constituída por negócio jurídico, sentença se constituída por decisão judicial, ou usucapião, ou, se constituída por decisão administrativa, o próprio ato administrativo, estando este

⁵⁰⁰ Antes da alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, não estava expressamente prevista a menção, no título constitutivo, do fim a que a fração se destinava, não estando também proibida a sua menção. Com a nova redação que este diploma trouxe ao artigo 1418.º, passou este a prever na al. a) do seu n.º 2, que “...além das especificações constantes no número anterior, o título constitutivo pode ainda conter... ..menção do fim a que se destina cada fração ou parte comum...”.

⁵⁰¹ Cf. Capítulo II, 2.

sujeito a forma – não se pode considerar um fim que não tenha um mínimo de correspondência com o texto, parecendo à partida, tal como nos é dito por Sandra Passinhas, que a interpretação do fim, tal como do restante título constitutivo, se fará nos termos da interpretação da declaração negocial, ou seja, nos termos dos artigos 236.º e seguintes, do Código Civil⁵⁰².

Assim, numa primeira análise, quanto à interpretação do sentido e alcance do texto – a letra – do respetivo título⁵⁰³, o que está escrito deve ser entendido com o sentido que tem para um declaratório normal⁵⁰⁴ e, não havendo certeza sobre o sentido da declaração – não podendo ser considerado que estaremos, no âmbito das regras de funcionamento de um dado condomínio, na presença de negócios gratuitos – as dúvidas deverão ser dirimidas segundo a solução que trazer maior equilíbrio às prestações entre condóminos⁵⁰⁵.

Centrando-nos nesta última parte, a procura de equilíbrio entre as prestações, na presença de dúvidas quanto à interpretação do título constitutivo, não nos parece que seja uma abertura da porta à equidade nos termos do artigo 4.º, uma vez que não é sustentável que a expressão equilíbrio das prestações integre o exposto conceito excecional – e como tal insuscetível de aplicação analógica – do artigo 4.^{o506}

As dúvidas que possam surgir na interpretação do título e que possam ser dirimidas procurando um equilíbrio entre as partes serão, a nosso ver, tanto em sede de pagamento das despesas de utilização, nomeadamente nos encargos com as inovações e com a conservação e fruição do edifício, especificamente em relação às situações a que se possa aplicar os n.º 2 e 3 do artigo 1424.^{o507}, ou de limitação à utilização das partes comuns, o que, em ambos os casos, não centra o presente estudo nesta passagem, como também, o que agora parece de maior relevo no âmbito do fim a que se destina a fração, as prestações a que todos os condóminos estão obrigados,

⁵⁰² Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 132.

⁵⁰³ Estabelece o n.º 1 do artigo 238.º que “...nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento, ainda que imperfeitamente exposto...”.

⁵⁰⁴ Estabelece o n.º 1 do artigo 236.º que “...a declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante...” , tendo entendido no mesmo sentido o Acórdão do S.T.J. de 22/11/1995, na C.J. – STJ – 1995-3-123

⁵⁰⁵ Estabelece o artigo 238.º que “...em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações...”.

⁵⁰⁶ Estabelece o artigo 4.º que “...os tribunais só podem resolver segundo a equidade... ...quando haja disposição legal que o permita;... ...quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível;... ...quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade...”.

⁵⁰⁷ Cf. Capítulo IV, 2.1.

quer ativas quer omissivas, – em virtude do estatuto que regula a sua soberania sobre a fração e que lhe é conferido pela propriedade horizontal – em relação a todos os demais condóminos, quer em resultado dos direitos de todos, quer em resultado dos direitos de cada um deles. Neste contexto, da utilização, ou limitação à utilização, das frações autónomas, o fim a que se destina a fração será a primeira e a maior de todas as limitações, uma vez que elegendo um fim se está, necessariamente, a excluir todos os outros.

Então, limitações ao uso da fração como a do fim a que se destina, só existem em virtude de existirem outros condóminos e, assim sendo, a interpretação desse fim deve ser feita, de uma forma relativa, tendo em conta o equilíbrio entre a prestação daquele que quer dar uso à fração, e que poderá nisso estar limitado, e aquele que, em virtude de um direito seu, pretende que esse uso da fração não seja, em sede de interpretação, considerado como permitido, só se considerando, a nosso ver, que a questão possa levantar caso esteja a ser prejudicado – esse outro condómino – com essa utilização ou, pelo menos, esteja a ver diminuído ou excluído, em virtude disso, um direito legítimo seu.

De igual forma entendeu o Supremo Tribunal de Justiça quando foi chamado a pronunciar-se sobre a alteração ou não alteração do fim, quando, numa fração destinada à habitação do porteiro, passou a ser habitada por alguém que não era porteiro, o que, do ponto de vista da esfera jurídica dos outros condóminos, nenhum prejuízo causava, nem qualquer benefício limitava⁵⁰⁸. O tribunal entendeu não haver alteração do fim, o que se aceita.

⁵⁰⁸ O Supremo Tribunal de Justiça entendeu, em 12 de Maio de 2005, n.º do documento SJ200505120009772, que “...nada impede que, por decisão dos condóminos, seja transformada em fração autónoma livremente alienável no regime de propriedade horizontal. Como a casa do porteiro é um local de habitação, de acordo com o mesmo preceito, essa fração autónoma será uma fração para habitação. Resta, pois, que a única questão que se poderá colocar será a de saber se pode ser destinada à habitação de outrem que não o porteiro. Ora, nada no regime da propriedade horizontal determina que tem sempre de haver um porteiro. Os recorrentes argumentam com o decidido no assento, publicado em 22.06.89, em que se entendeu que o título constitutivo da propriedade horizontal é parcialmente nulo, se atribuir a parte comum ou fração autónoma destino ou utilização diferentes das constantes do respetivo projeto aprovado pela câmara municipal. Este projeto é um parecer técnico que avalia da capacidade que têm as diversas partes do prédio para determinadas finalidades. A desconformidade com o título constitutivo da propriedade horizontal surgirá se no título for atribuída uma finalidade a certa parte, para a qual não tem condições, de acordo com o citado projeto. Mas, no caso da habitação da porteira, o que releva é que foi considerado no projeto que podia servir para habitação. É essa a sua finalidade, conforme o projeto, não o de servir necessariamente como residência de porteiro. Logo, não se demonstra a alegada afetação dum parte do prédio a finalidade diferente daquela que constava do projeto camarário...”, tendo mesmo sido estabelecido como os dois primeiros pontos do sumário do acórdão que “...I - Não há discrepância entre o projeto camarário e o título de constituição da propriedade horizontal, quando o local

Perante tais situações, obviamente suscetíveis de alguma, que não muita, margem de dúvida interpretativa, e não deixando de ter em conta, atentando permanentemente ao elemento sistemático da interpretação, os conceitos de abuso de direito⁵⁰⁹ e de colisão de direitos⁵¹⁰, o que se deverá sempre é harmonizar a interpretação das regras constantes do título, para que os custos imputados a um dos condóminos equilibrem com os benefícios que traz para o outro. Esta harmonização tem que ser observada em função da importância das situações que, a regra, visa regular e excluindo, do resultado da interpretação, qualquer sentido não declarativo, que impeça um benefício a um dos condóminos e que não traga nenhuma vantagem, ou exclua desvantagem, a qualquer dos outros, ou, pelo menos, àquele condóminos que o sentido da interpretação estiver a invocar.

Não podemos, no entanto, ignorar que, por regra, a definição do fim a que se destina a fração constante no título constitutivo pode ser genérica e de difícil interpretação. Como exemplo, não raro, imaginemos que determinada fração vem definida como destinada a escritório. Poder-se-á considerar que nela pode funcionar um consultório médico?⁵¹¹ E se estiver previsto como estabelecimento comercial, já é permitido esse consultório?⁵¹²

destinado a habitação do porteiro por aquele projeto, é transformado em fração autónoma. II - O que releva é que em ambos os casos seja dado a esse local a mesma finalidade, ou seja a habitação...”

⁵⁰⁹ Estabelece o artigo 334.º que “...é ilegítimo exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito...”.

⁵¹⁰ Estabelece o artigo 335, n.º1.º que “...havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes...”.

⁵¹¹ O Supremo Tribunal de Justiça entendeu, em 16 de Dezembro de 1993, n.º convencional JSTJ00023900, considerar que consultório médico estaria inserido no conceito de escritório, afirmando que “... relevante para a decisão da causa seja o averiguar se a palavra escritório permite a instalação de consultórios médicos. No Grande Dicionário da Língua Portuguesa, coordenado por José Pedro Machado, define-se escritório “compartimento, sala em que escreve e trabalha o dono dele; gabinete, sala, conjunto de salas, casa em que se tratam negócios, em que escrevem ou exercem a sua atividade empregados, solicitadores, procuradores, despachantes, etc. andar técnico, sala em que se reúnem os redatores dos jornais que escrevem os seus artigos”. Já quanto a consultório diz-se ser o “lugar ou casa onde se dão consultas (advogado, médico, técnico, etc)”. Se nos ativermos a estas definições a dúvida, quanto a nós permanecerá. Ora, a fixação do destino a dar às frações autónomas tem como pressuposto o não causar à fração maior desgaste do que o previsto; não aumentar o risco considerado ou não desvalorizar em maior grau do que o admitido no consentimento acordado o local; não deixar devassar o prédio. Por vezes as situações decorrentes do título constitutivo não são facilmente destrincháveis. A hipótese dos autos não se mostra fácil de resolver. À primeira vista será difícil fazer coincidir um escritório com um conjunto de consultórios médicos que, congregados, formam o Centro Clínico instalado. Para a respetiva destrinça há que jogar com critérios interpretativos do título constitutivo de propriedade horizontal. Ora no artigo 236 do Código Civil faz-se prevalecer o sentido objetivo da vontade negocial, embora transferido por restrição de natureza subjetiva ou de inspiração subjetivista - Cf. P. Lima A. Varela, Código Civil Anotado, volume I, páginas 223. Mas, aquele sentido objetivo não pode ser atendido quando não coincida com a vontade

Nestas situações o trabalho do intérprete, na abordagem do fim previsto no título constitutivo, prender-se-á apenas com a busca da intenção real daquele que o

real do declarante e este seja conhecido do declaratário - artigo 236, n. 2. Todavia há que realçar que esta exceção se situa no domínio da matéria de facto dependendo inteiramente da prova a produzir. O que não afasta, o que atrás dissemos, que a interpretação do negócio jurídico não se limita a fixar o sentido que o declarante quis dar à sua declaração mas a fixar o sentido normativo de tal declaração. O que implica uma proteção mais dirigida ao declaratário do que ao declarante, já que aquele terá mais dificuldade em aperceber-se da vontade real deste. A existência do Centro Clínico abrange as salas que integram a fração autónoma "E". Neste especto não foi afetado o destino "escritórios" que poderiam abranger a mesma superfície. É certo que no Centro Clínico outras pessoas exercem as suas profissões, médicos e enfermeiros. E o âmbito desta atividade não se enquadra no âmbito da atividade hospitalar que se mostra bem mais gravosa, com maior desgaste, multiplicidade de riscos e maior desvalorização do local a crescer que a entrada no Centro Clínico é independente relativamente ao restante edifício e está devidamente assinalada - não devassamento. Negativamente, o funcionamento do Centro incide apenas sobre o uso do parque de estacionamento exterior que passou a ser utilizado também pelos utentes daquela. Mas, tal facto é coincidente com o exercício de outras atividades, como escritórios de advogados, arquitetos, técnicos de contas, etc. nenhuns outros prejuízos conseguiram os A.A. demonstrar em relação à instalação do referido Centro. E não se vê que, dando à palavra escritório o significado de consultório, se possa considerar no domínio de uma interpretação objetivista, de inspiração subjetivista, que o Centro Clínico possa ser encarado diferentemente. É que será muito difícil, nos dias de hoje, considerar um escritório apenas relacionado com uma atividade circunscrita a livros e papéis. A moderna tecnologia impõe-lhes mais; colocando os aparelhos atinentes a tal atividade quer em número quer em qualidade em bem maior exigência do que os que foram detetados nas salas utilizadas pelo Centro Clínico. Não se mostrando que os riscos e incómodos causados aos condóminos pelo funcionamento do Centro sejam mais graves do que aqueles que resultariam da instalação de escritórios de advogados, da instalação dos serviços de uma companhia seguradora, de "ateliers" de arquitetos ou de uma repartição oficial não se vê motivo para não incluir na finalidade do título constitutivo da propriedade horizontal o exercício de medicina como aquela que se vem exercendo naquele Centro...". Este acórdão não foi unânime, tendo os Conselheiros Dionísio de Pinho e Eduardo Augusto Martins votado vencidos com a declaração "...negaria a revista, pois entendo que o conceito de escritório é, no caso inextensível ao do consultório médico e muito menos de modo a abarcar o Centro Clínico. Quer na linguagem corrente quer na própria citação do presente duto acórdão (Dicionário) o parece confirmar. Aliás, no plano da economia da utilização do local arrendado não pode concluir-se que o uso atual não é mais gravoso do que o de escritório, basta pensar nos cheiros de cloro ligado a Centros Clínicos e utilizações de aparelhagem, v. g. de rádio, para se concluir que nesse plano se ignorou o preceituado no artigo 1346 do Código Civil com lesão para os condóminos. Independentemente disso, creio que essa ou melhor que o maior ou menor desgaste das partes comuns é irrelevante, tendo atenção que a vontade dos condóminos formalizada no estatuto da propriedade horizontal tem de ser observada como resulta do disposto no artigo 1419 n. 1 do Código Civil que é aliás uma emanação do princípio visado no artigo 406 do mesmo Código, sendo, como e quanto a mim, certo que no uso comum unitário não cabem os usos agora praticados na fração. Uma nota só mais: não se pode argumentar com a completa autonomia da fração; se a porta de acesso ao "hall" está fechada, que impede que se abra?

E os condóminos podem aceitar a presença de utentes de escritório e não se conformarem com o movimento e tipo normal de pessoas que frequentam Centros Clínicos e consultórios médicos como aquele)...". Em sentido contrário ao acórdão e no mesmo sentido dos votos de vencimento, entendeu o Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 15 de Maio de 2005, vindo sumariado, n.º convencional JTRP00037851, que "...tendo a fração como uso ou destino o de "escritório", constitui desvio do mesmo o destino de consultório/clínica dentária, assim se violando o regime de propriedade horizontal...".

⁵¹² O Supremo Tribunal de Justiça entendeu, em 22 de Março de 2011, n.º do processo 321/2002.E1.S1, considerar que consultório médico não estaria inserido no conceito de estabelecimento comercial, afirmando que "...o sentido vulgar e normal da expressão "estabelecimento comercial", constante de um título constitutivo de propriedade horizontal, é o de que a fração se destina exclusivamente a local de exposição e venda ao público, em geral, de mercadorias, ou seja, ao exercício do comércio... ..não existe similitude entre um estabelecimento comercial e um consultório médico, porquanto, quanto a este, o elemento preponderante é o próprio médico...".

elaborou, por se tratar de uma declaração negocial, aplicando assim apenas as regras constantes nos artigos 236.º a 239.º⁵¹³?

Efetivamente, o título constitutivo pode partir de uma declaração negocial do proprietário de um prédio no momento em que, por negócio jurídico, constitui a propriedade horizontal. No entanto, e como anteriormente vimos, pode também resultar de ato administrativo e sentença judicial, não se podendo, formalmente, considerar que tenha em absoluto, e sempre, resultado de declaração negocial⁵¹⁴.

O que é um facto inabalável é que, uma vez criado o título constitutivo, este, que tem eficácia absoluta, vai moldar o estatuto do direito do titular em relação à sua soberania sobre a fração, objeto do seu direito.

Atento ao texto do artigo 1306.º⁵¹⁵, e sendo certo que as restrições ao estatuto da propriedade horizontal resultantes do título – restrições a um direito real, ao mesmo tempo que regulam a sua utilização, também impõe limitações que têm eficácia absoluta⁵¹⁶ – são restrições de natureza real, as quais vinculam o emissor da declaração, abrangendo todos os destinatários originais (caso existam), e também todas as outras pessoas que algum dia, no futuro, venham a ser, nesse prédio, condóminos, mesmo que já nenhuma ligação exista relativamente ao outorgante do título.

Assim, tendo natureza real, independentemente de terem ou não origem numa declaração negocial, valem para os titulares das frações como uma verdadeira lei, ou

⁵¹³ Como foi o entendimento do Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 19 de Outubro de 2010, n.º do processo 2552/07.5TVLSB.L2-1.

⁵¹⁴ Quando chamado a pronunciar-se sobre se se poderia destinar à restauração uma fração cujo fim era o comércio, entendeu o Tribunal da Relação de Coimbra, em acórdão de 29 de Maio de 2001, que “...se consta da escritura pública de constituição de propriedade horizontal que a fração “X” se destina a comércio, e aí se instala um restaurante, que é atividade industrial, dá-se à fração um uso diverso do fim a que foi destinada, ocorrendo violação do disposto no artº 1422 nº2 c) do C.Civil...”, n.º convencional JTTC1619. Perante a mesma questão, e em igual sentido, pronunciou-se o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 4 de Março de 2002, n.º do processo 10334/2003-6, bem como o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 4 de Dezembro de 2008, n.º do processo 08B1350, considerando que “...quando na escritura de constituição da propriedade horizontal se inscreve que determinada fração se destina a centro comercial, situando-se no âmbito do terciário/comércio, nesse destino não se inclui a indústria da restauração...”.

⁵¹⁵ Estabelece o n.º 1 do artigo 1306.º: “Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional.”

⁵¹⁶ Cf. artigoº 1422.º, n.º 2, d)

pelo menos fonte mediata de direito, e não apenas numa simples declaração negocial válida entre partes⁵¹⁷.

Valendo como lei, ou pelo menos como fonte mediata de direito, advogamos que, não nos podemos cingir às regras de interpretação da declaração negocial constantes da Subsecção IV, do Título II, do Livro I do Código Civil, mas também do artigo 9.^o⁵¹⁸ que estabelece as regras de interpretação da lei, obrigando mesmo, como veremos, a uma utilização conjugada dos dois tipos de regras⁵¹⁹.

Quanto à letra da lei, no caso a letra do título constitutivo, que tem, para efeitos daquele condomínio, valor de lei, temos que conjugar esta partícula normativa com o estabelecido no n.º 2 do artigo 9.º, “...*não pode, porém ser considerado pelo*

⁵¹⁷ O artigo 1.º do Código Civil é muito claro ao apenas considerar fontes imediatas de direito as leis e as normas corporativas. Como fontes mediatas, prevê, sempre que a lei o determine, o artigo 3.º, os usos, desde que não sejam contrários aos princípios da boa-fé. Não consideramos que esta norma seja de aplicação analógica ao título constitutivo na propriedade horizontal, pelo simples motivo que não consideramos que venha a estabelecer um regime diferente mas apenas a consagração, relativamente ao caso específico dos usos, da posição positivo legalista do nosso código, estabelecida no artigo 1.º. Obviamente que, sendo a lei a fonte imediata de direito por excelência, sempre que a lei mandar aplicar outras fontes, por força dessa própria lei serão, essas fontes, fontes de direito em sentido mediato, funcionando assim o artigo 3.º como uma enumeração não taxativa de uma das formas em que a lei pode remeter para outro ordenamento a solução de casos concretos. Claro é então que, com esta possibilidade, está aberta a porta a que, sempre que a lei o determine, se aplique a determinados casos, disposições de complexos normativos que não apenas a lei e os usos.

⁵¹⁸ Estabelece o artigo 9.º: “1. *A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.* 2. *Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.* 3. *Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.*”

⁵¹⁹ De entre as orientações doutrinárias existentes no que diz respeito às diferentes escolas interpretativas, e tendo sempre presente o referido artigo 9.º, podemos eleger como principais duas correntes: a subjetivista e a objetivista. Para a corrente subjetivista “...*de entre as várias aceções que o texto legal comporta deve prevalecer aquela que corresponder à vontade ou ao pensamento real do legislador, isto é, a vontade historicamente real do legislador...*”, cf. MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *ob. cit.*, 2000, pág. 178. Para a corrente objetivista “...o objeto da interpretação é a *mens legis*: o intérprete não está vinculado à vontade do legislador real mas ao sentido objetivado no texto...”, cf. MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *ob. cit.*, 2000, pág. 179. O nosso legislador, no artigo 9.º, não tomou, propositadamente, posição quanto à divergência entre a doutrina subjetivista e a doutrina objetivista, tendo o mesmo sido justificado por Antunes Varela que “...*colocando-se deliberadamente acima da velha querela entre subjetivistas e objetivistas, a nova lei limitou-se a recolher tantos princípios que considerou aquisições definitivas da ciência jurídica, sem curar grandemente a sua origem doutrinária...*”, cf. VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *ob. cit.*, 1989, pág. 125, pág. 25. Assim, ao estabelecer o n.º 1 do artigo 9.º que “...*a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada...*”, está a integrar a componente subjetivista, ao estabelecer que a interpretação deve reconstituir, a partir dos textos, o pensamento legislativo e a componente objetivista quando aponta substancialmente que deve ter em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada, e as condições específicas do tempo em que a lei é aplicada. Acrescenta ainda, no início do texto e antes de entrar na querela doutrinária, que a interpretação não deve cingir-se à letra da lei.

intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso...”, e com o estabelecido, e já atrás referido, no n.º 1 do artigo 238.º, “...nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respetivo documento, ainda que imperfeitamente expresso...”.

Assim, na leitura conjugada destas normas poderíamos concluir, e tendo em conta o até agora visto, que a interpretação do título constitutivo, onde se insere o fim da fração, não deve cingir-se à letra desse título, não podendo a interpretação valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto, ainda que «...imperfeitamente expresso...».

Posto isto, acresce ainda avaliar o impacto que possa ter nesta técnica interpretativa, o preceituado no n.º 2 do artigo 236.º, “...sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida...”. O n.º 2 do artigo 238.º, referindo-se à impossibilidade de a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência com o texto, acrescenta que “...esse sentido pode, todavia, valer, se corresponder à vontade real das partes e as razões dominantes da forma do negócio não se opuserem a essa validade...”, confrontando assim com o estabelecido no n.º 2 do artigo 9.º, “...não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso...”.

Começando novamente pelo fim, mesmo nas situações em que a propriedade horizontal é constituída por negócio jurídico puro, ainda aí, não produz apenas efeitos entre as partes, mas também os produz em relação a todos os terceiros que, eventualmente, venham a adquirir o estatuto de condómino.

Em virtude disso, o título constitutivo, como vimos, tem de constar de instrumento formal e ser registado, o que nos leva a interrogar qual a natureza da razão de ser dessa imposição de observância de forma legal.

Indubitavelmente, somos levados a concluir que a natureza dessa formalidade se prende, naturalmente, com a sua eficácia em relação a terceiros. Essa eficácia implica, por um lado, que os terceiros tenham, através do texto, uma clara perceção do estatuto do seu direito e, por outro lado, que o facto de todos os originais condóminos saberem, em relação ao que aparece descrito no título constitutivo, que existia uma vontade real do emissor da declaração não coincidente com o texto, não

poderia vincular todos aqueles que, conhecendo-a ou desconhecendo-a, viessem a beneficiar desse estatuto.

Deste modo, torna-se evidente que a metodologia interpretativa que daqui se possa concluir, vai ter uma natureza de maior preponderância, não obstante se manter híbrida, mais objetivista do que subjetivista, pelo menos nas situações em que não existir coincidência entre a vontade declarada, e a comprovada ou conhecida vontade real pretendida.

Voltando à redação do n.º 1 do artigo 9.º, e não valorizando, para a situação em apreço, a necessidade de se ter em conta a unidade do sistema jurídico – pois a natureza casuística da criação de cada título constitutivo de propriedade horizontal o afasta da necessidade de integrar um sistema tendencialmente coerente, permitindo uma total discricionariedade –, ainda nos falta avaliar a importância, por um lado, da reconstrução, a partir dos textos, do pensamento legislativo e as circunstâncias em que a lei foi elaborada, o que tem um carácter mais subjetivista, e por outro lado, as condições específicas do tempo em que é aplicada, o que, obviamente, pende mais para um plano objetivista.

A avaliação, que nesta fase se faz, terá que ter em conta que, ao lado da divisão doutrinária entre componente subjetivista e objetivista da interpretação, também existem correntes doutrinárias que se centram na análise da dinâmica da interpretação, designadas de historicismo, uma, e atualismo, a outra. A questão que se coloca, nas palavras de Baptista Machado⁵²⁰, “...é de saber se prevalece a rigidez da lei – o carácter sagrado do versículo do código – ou o dinamismo e a fluidez da vida na sua evolução histórico-social, ou seja, se o sentido das leis se mantém imutável (historicismo) ou, pelo contrário, deve esse mesmo sentido evoluir de acordo com o evoluir da vida (de acordo com as mudanças técnicas, as necessidades e as concepções sociais...”.

Começemos por analisar a situação recorrendo a um exemplo concreto, ainda que ultrapassado. Consideremos que determinado prédio constituído em propriedade horizontal tinha como fim, constante do título, para o seu r/c, unidade de abastecimento de gasolina ou gasóleo, desde data anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei 246/92, de 30 de Outubro, diploma que aprovou o regulamento de construção e exploração de postos de abastecimentos de combustíveis, regulamento

⁵²⁰ MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *ob. cit.*, 2000, pág. 177.

esse que estabelece, no n.º 1 do artigo 11.º, que “...*não é permitida a instalação de unidades de abastecimento de gasolina ou gasóleo por baixo de edifícios...*”.

Neste cenário, caso se optasse por uma avaliação *historicista* do conteúdo do título constitutivo estaríamos perante uma impossibilidade absoluta de utilização da fração autónoma por impossibilidade superveniente do fim.

Para se ultrapassar essa inconformidade, ou se considerava que o fim constante do título era supervenientemente nulo, por força do artigo 294.º, ou se considerava que a interpretação deveria ser *atualista*, e assim proceder-se à avaliação do que, perante a alteração da realidade, se ajustaria ao fim constante do título.

Aceitar a primeira hipótese, agravaria a situação problemática. Se, sem se considerar nulo o fim estabelecido no título constitutivo, seria o mesmo que considerar que não existia nenhum fim previsto. Não existir nenhum fim será o mesmo que considerar, como melhor atrás foi visto, que é legítimo qualquer fim legal que esteja licenciado. Ora, se o que provocou a nulidade foi a entrada em vigor do novo Decreto-Lei, conseqüentemente, também se tornou ilegal a utilização que da fração vinha sendo feita. Perante isto, imperativamente teria que ser alterado o fim que vinha sendo dado, o que obriga, nos termos do n.º 4 do artigo 1422.º, a uma aprovação da maioria, em sede de assembleia de condóminos, representando, essa maioria, dois terços do valor total do prédio⁵²¹, aceitando assim que uma minoria de condóminos representativa de apenas mais de um terço do valor total do prédio poderia bloquear a alteração do fim e tornar impossível qualquer utilização da fração, redundaria num absurdo.

Em tal circunstância, não nos parece que possa existir uma opção que não a de aceitar uma interpretação *atualista*, permitindo assim que se admita a adaptação do interpretado à evolução dos tempos, da sociedade e da própria lei.

Assim, o exercício a que temos que proceder, considerando-se as regras já estabilizadas acima, será aquele em que a interpretação, do fim estabelecido, que se faça no título constitutivo, necessariamente corretiva, seja aquela que garanta a continuação da utilização da fração, de acordo com o estabelecido na lei, e de forma a não ver prejudicado qualquer direito ou interesse legítimo de nenhum dos outros condóminos.

⁵²¹ Estabelece o n.º 4 do artigo 1422.º: “*Sempre que o título constitutivo não disponha sobre o fim de cada fração autónoma, a alteração do seu uso carece de autorização da assembleia de condóminos, aprovada por maioria representativa de dois terços do valor total do prédio.*”

Se, por exemplo, o proprietário dessa fração, impossibilitado que estava de continuar a vender combustíveis, no cenário aludido, pretendesse transformar a sua garagem num centro de lavagem de automóveis, caso não se encontrasse nenhuma alteração significativa e legítima à utilidade tirada pelos outros condóminos das suas frações, uma vez que se tratava de igual forma de serviços legalmente admissíveis a automóveis, em face da alteração legislativa, é aceitável e razoável que esta situação se considere como coberta pelo sentido e pelo alcance do fim previsto no título constitutivo.

Em conclusão, entendemos que a interpretação do fim previsto no título constitutivo deve ter uma componente híbrida, subjetivista/objetivista, com preponderância objetivista, dando maior relevância às condições do momento em que é aplicado esse fim, do que às circunstâncias e objetivos do momento em que foi elaborado, não podendo, no entanto, ser considerado um fim que não tenha na letra do título um mínimo de correspondência verbal, e *atualista*, evoluindo de acordo com a evolução da sociedade, evitando que a interpretação impeça uma utilização não expressamente excluída da fração que não beneficie ou não impeça prejuízo legítimo a outro ou outros condóminos⁵²².

A limitação que a existência de um fim previsto para a fração determina, já foi objeto de pronúncia por parte do Tribunal Constitucional, em acórdão de 19 de Janeiro de 1999⁵²³, ao considerar não ser inconstitucional a norma que prevê esta limitação alegando que “...*apenas procede à delimitação do direito de propriedade horizontal, tendo em conta outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos (designadamente, o direito de propriedade dos restantes condóminos e o direito ao ambiente e qualidade de vida), em nada colidindo com o preceituado no artigo 62º, nº 1, da Constituição...*”⁵²⁴

⁵²² No sentido de aceitar uma interpretação mais abrangente, claramente atualista, considerou ainda o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 28 de Abril de 1994 que “...*Não se pode considerar dada para uso diverso, nos termos da alínea c) do n. 2 do artigo 1422 do Código Civil, a fração que, constando no título constitutivo da propriedade horizontal como "loja com galeria destinada a oficina", passou a ser utilizada como escola de música e dança...*”, n.º convencional JTRL00016589.

⁵²³ Cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990044.html>

⁵²⁴ E nem de outra forma poderia ser, pois, tal como defendem RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «O Direito de propriedade na Jurisprudência do Tribunal Constitucional» in *Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal*, 2009, pág. 4 ss, e CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (4ª edição, revista), Coimbra Editora, Coimbra 2007, pág. 800 ss, o direito de propriedade, na sua configuração jurídico-constitucional, afasta-se dos termos em que o mesmo se encontra modelado no Código Civil, não sendo assim, aí, entendido apenas enquanto direito real pleno, mas antes como compreendendo todas as posições jurídico-subjetivas de valor patrimonial radicadas na esfera privada, que conferem ao respetivo titular poderes de utilização e

No entanto, levanta-se também a pertinente questão, e após estar fixado o sentido e o alcance do fim estabelecido no título constitutivo, de saber se uma fração destinada a esse determinado fim, pode ou não, de uma forma acessória, ser também destinada a coisas diferentes da principal, com ela conexas, ou não.

Até que ponto é que, numa fração destinada a habitação, pode ou não o seu proprietário, médico ou advogado, para além de aí habitar, também aí dar consultas. Pondere-se ainda até que ponto pode uma garagem, destinada ao estacionamento de automóveis, ser usada como armazém⁵²⁵, e uma fração destinada a indústria, ser também usada para a comercialização dos produtos produzidos.

No entendimento de Abílio Neto⁵²⁶, referindo-se a frações destinadas a uma atividade no âmbito do comércio, “...*nada obsta a que, cumulativamente, seja exercida uma atividade secundária de índole industrial, complementar da primeira*⁵²⁷ ... [desde que] ...*não se opere uma verdadeira inversão, erigindo o secundário em principal...*”⁵²⁸.

Para este autor, o relevante, assim, parece ser a preponderância, permitindo que, desde que a atividade principal desenvolvida na fração seja aquela a cujo fim está adstrita, qualquer outra, com ela necessariamente conexa, e que seja não preponderante ou secundária, será também legítima.

Para Sandra Passinhas, o legislador, “...*ao proibir a utilização das frações autónomas para uso diverso do fim a que se destina, deve ter em conta as valorações*

disposição de um bem, de acordo com determinado estatuto, no seu próprio interesse, apresentando-se assim como um direito dotado de múltiplas e diferenciadas projeções, englobando um genérico direito de acesso e apropriação de bens, um direito ao seu uso e fruição (direito este não necessariamente pleno e absoluto), um direito à respetiva transmissão e um direito do titular a não ser privado de modo arbitrário da sua propriedade.

⁵²⁵ O Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 24 de Janeiro de 2011, n.º do documento RP201101242281/06.7TBVLG.P1, entendeu que “...*o uso ocasional de uma garagem, no exterior e no fundo do pátio comum, para guarda de tintas, em pequenas quantidades e provenientes da sua atividade profissional, sem constituir uma ameaça à segurança e integridade física dos condóminos, não pode integrar o uso de destino diferente à garagem, como do prédio, como se exige no n.º 2 al.c) do art.º 1422.º CC...*”.

⁵²⁶ NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 188.

⁵²⁷ Este entendimento foi o mesmo que, não obstante se ter manifestado *a contrario*, teve o Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 9 de Dezembro de 1999, n.º convencional JTRP00035006, onde referiu que “...*destinando-se a fração dos réus, situada em propriedade horizontal a estabelecimento comercial, não pode nela ser exercida a atividade industrial de reparação de bicicletas e motorizadas, no âmbito dos artigos 236 e 238 do C.Civil, por esta não ser acessória ou complementar da atividade da venda praticada naquela fração...*”.

⁵²⁸ Em sentido contrário entendeu o Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 26 de Abril de 2004, n.º convencional JTRP00035006, onde referiu que “...*se uma fração autónoma de um prédio constituído em regime de propriedade horizontal consta como destino "loja", não é lícito ao condómino seu dono, nela proceder ao fabrico de pão e pastéis para venda, e, sem autorização do condomínio...*”.

*legais feitas em sede de arrendamento urbano para habitação*⁵²⁹...” ou seja, caso o fim da fração seja a habitação poderá ainda ser admitida qualquer indústria doméstica, ainda que tributada⁵³⁰, e um máximo de três hóspedes que não vivam em economia comum com o condômino⁵³¹.

Em sentido contrário ao desta autora, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 7 de Junho de 1994, que “...*fica completamente prejudicado o argumento, esgrimido pelos recorrentes, de que a fábrica de bolos na cave se deve considerar como atividade complementar do comércio de pastelaria praticado na loja, o que lhe acarretaria foros de licitude, numa clara alusão à lição do artigo 75 da Nova Lei do Arrendamento Urbano (correspondente ao artigo 1108 do Código Civil*⁵³²)... ...*a permissão do citado artigo 75, só é válido no âmbito das relações entre o arrendatário e o senhorio, mas já não pode impor-se aos demais condóminos não intervenientes no contrato de locação, dada a natureza real das restrições indicadas nas alíneas c) e d) do n. 2, do artigo 1422, do Código Civil. De resto nunca seria possível aplicar aqui a lição do citado artigo 75, pois a permissão a que este preceito se reporta só vigora no âmbito do arrendamento para habitação - o que não é o caso...*”⁵³³.

Fundamentalmente, a posição de Abílio Neto, como a posição de Sandra Passinhas, percorrendo caminhos diferentes, chegam ao lugar-comum de que, de uma forma acessória à atividade principal, e com um caráter iminentemente secundário em relação a esta, é legítima a co-utilização para destinação diferente da originária; seguindo como caminho, o primeiro autor, uma aplicação genérica que obriga a apenas ser acessória da primeira, e a segunda autora, utilizando a analogia em relação às regras do contrato de arrendamento.

Não nos afastando, desde logo, da possibilidade de alargar a abrangência do fim de uma fração a atividades acessórias desse mesmo fim, temos, no entanto, que nos afastar das posições particulares de ambos.

⁵²⁹ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 132. No texto a autora faz referência aos artigos 75.º e 76.º do RAU, que após a reforma da Lei 6/2006, de 27 de Fevereiro, passaram a constar dos artigos 1092.º e 1093.º do Código Civil.

⁵³⁰ Nos termos do n.º 2 do artigo 1092.º, adaptado, segundo a opinião da autora, à propriedade horizontal, será a indústria explorada, em acumulação, na fração destinada a habitação, onde efetivamente se habite, e que não ocupe mais de três auxiliares assalariados.

⁵³¹ Cf. artigoº 1093.º.

⁵³² Atualmente artigo 1092.º.

⁵³³ Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 10 de Novembro de 1989, n.º convencional JSTJ00024613.

Em relação à posição de aplicação das regras características do arrendamento, e sendo absolutamente sensíveis aos argumentos do acórdão *supra* citado, não nos parece que a natureza da obrigatoriedade de se observar o fim da fração seja a mesma em ambos os casos. Enquanto o fim relativo ao contrato de arrendamento, que se tem obrigatoriamente que respeitar sob pena de resolução⁵³⁴, visa tutelar as garantias dos sujeitos da relação jurídica obrigacional que é o contrato de arrendamento, na propriedade horizontal, visa tutelar, limitando o estatuto soberano do condómino sobre a sua fração, direitos de terceiros cuja única ligação que têm com o primeiro é uma relação de vizinhança com o desenho que a propriedade horizontal lhe tiver dado, ou seja uma relação em que a componente que os liga é a compropriedade das partes comuns, nas quais se inclui a generalidade do prédio no qual as frações se inserem.

Tendo caráter obrigacional, tem também natureza supletiva⁵³⁵, o que permite, caso haja vontade das partes, e em sede de negociação do contrato de arrendamento, ser afastada, o que, dada a sua natureza, a propriedade horizontal nunca permitiria⁵³⁶.

Não se alegue também que estas regras do arrendamento urbano se têm que aplicar à propriedade horizontal, sob pena de passarem a ser letra morta – pois numa fração arrendada, com fim habitacional, a lei permitia a indústria doméstica ou a hospedagem, nos termos dos artigos *supra* referidos, ao inquilino, nessa qualidade, mas já não permitiria que o senhorio, na qualidade de condómino, lhe transmitisse o direito a esses fins acessórios no momento da celebração do contrato de arrendamento⁵³⁷, estando assim a eles, conseqüentemente, o inquilino vedado – pois, as regras da subsecção relativas às *disposições especiais do arrendamento para a habitação*, onde se inserem os artigos em causa, aplicam-se a todos os prédios, sejam eles frações de propriedade horizontal ou prédios únicos, só estando, nestas

⁵³⁴ Cf. artigo 1083.º, n.º 2. c).

⁵³⁵ Cf. LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 638, nota 5, onde referem que “...a alteração substancial introduzida pelo RAU, na determinação das pessoas que podem viver no prédio com o arrendatário residencial, consistiu na admissão de cláusula convencional em contrário da permissibilidade da residência dos três hóspedes no prédio arrendado... ...o senhorio pode validamente opor-se à introdução de qualquer hóspede na casa arrendada para habitação, desde que haja cláusula proibitiva dessa faculdade, quando na vigência do artigo 1109.º do Código Civil se afastava expressamente da validade expressamente da validade de semelhante convenção...”.

⁵³⁶ Cf., no mesmo sentido, FURTADO, JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO, *Curso de direito dos arrendamentos vinculísticos* (2ª edição, revista e ampliada), Livraria Almedina, Coimbra, 1988, pág. 227 e ss.

⁵³⁷ Princípio «*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*».

circunstâncias, excluída a aplicação destas normas àqueles que constituam propriedade horizontal.

Ao mesmo tempo, as normas constantes dos artigos 1092.º e 1093.º, revestem-se de carácter excecional⁵³⁸ e, como tal, não comportam aplicação analógica⁵³⁹, o que, em nossa opinião, deve afastar a aplicação destas normas à propriedade horizontal, não afastando, no entanto, a possibilidade de, na busca do sentido e do alcance do termo fim, no que diz respeito a atividades acessórias, recorrer ao conceito do fim, no âmbito do arrendamento, para auxiliar a fixação do fim na propriedade horizontal.

Ora, a natureza deste fim prende-se com a necessária proximidade física existente entre os condóminos, que pode não existir de todo na relação entre senhorio e inquilino num contrato de arrendamento, e isto acontece quer devido à proximidade das frações umas das outras, por um lado, quer devido à necessária existência de partes comuns, por outro.

Assim, muito mais necessária e justificada é a natureza da existência de uma obrigatoriedade de obediência ao fim da fração autónoma, a que os comproprietários estão obrigados, por força do artigo 1406.^o⁵⁴⁰, artigo este que, por remissão do artigo 1422.º n.º 1, estabelece uma limitação que, pelo menos no que diz respeito às partes comuns, também se aplica aos condóminos, do que a natureza da obrigatoriedade de obediência ao fim da fração no caso do contrato de arrendamento.

Em comentário ao artigo 1406.º, Pires de Lima e Antunes Varela⁵⁴¹, consideraram que “...o fim da coisa que a lei põe como limite ao uso do comproprietário não é o fim abstrato ou típico das coisas da mesma natureza. É o fim concretamente determinado pela afetação da coisa comum, podendo esta afetação resultar da lei, do título ou do acordo das partes ao provir da efetiva aplicação da coisa...”, acrescentando ainda que “...nada impede que o comproprietário use a coisa para um fim diferente do seu fim usual, contanto que não prejudique a utilização dela para esta finalidade...”.

⁵³⁸ Cf. COELHO, PEREIRA, «Breves Notas ao Regime de Arrendamento Urbano». In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 125, n.º 3822, pág. 258, nota 1, onde refere “...a natureza excecional do preceito... impede, por exemplo, a sua aplicação analógica ao exercício de comércio doméstico pelos arrendatários...”.

⁵³⁹ Cf. artigo 11.º.

⁵⁴⁰ Estabelece o n.º 1 do artigo 1406.º: “Na falta de acordo sobre o uso da coisa comum, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se dela, contanto que a não empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destina e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito.

⁵⁴¹ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 358, nota 4.

Parece-nos assim claro que, tal como na compropriedade, a razão de ser da existência de um fim para a fração prende-se com a necessidade de não perturbar, mais do que o fim previsto provoque, as esferas jurídicas dos outros condóminos, necessariamente comproprietários nas partes comuns. Consequentemente, e para que, em nosso entendimento, se possa considerar que determinada atividade, não diretamente constante no fim da fração, possa, nessa fração, ser legal e legitimamente praticada, três requisitos devem ser, cumulativamente, preenchidos.

A atividade tem que ser conexa ou complementar, em sentido amplo, com o fim previsto, e tem que ser secundária em relação à atividade principal, não podendo agravar os direitos e expectativas dos outros condóminos, objetivamente considerados. Não teria qualquer cabimento que, por exemplo, numa fração cujo fim fosse de comércio de livros, passa-se a, acessoriamente, proceder-se à reparação de automóveis.

Neste contexto, para que uma atividade possa ser conexa ou complementar em relação de outra, tem que se verificar pelo menos uma de quatro hipóteses: ou é uma atividade a montante da principal, por exemplo a pequena transformação ou embalagem dos produtos cujo fim da fração seja a comercialização; ou é uma atividade a jusante da do fim da fração, como a comercialização de alguns dos produtos cujo fim da fração permite produzir; ou é uma atividade que visa permitir a manutenção do fim principal, como a de permanente manutenção e reparação das máquinas que operam no âmbito do fim da fração; ou ainda, talvez a mais duvidosa, seja uma atividade que o condómino exerça por imperiosa objetiva necessidade de coincidência espacial com o fim principal, sendo este requisito aquele que fundamenta a conexão em sentido amplo, pois a ligação ao fim principal não é direta do próprio fim, mas sim uma consequência necessária para a realização desse fim pelo próprio condómino.

Na última das hipóteses aludidas verifica-se, primordialmente, quando o fim da fração é a habitação. Imaginemos que um arquiteto ou um advogado usa uma das divisões da sua fração, cujo fim é habitar, para trabalhar ocasional ou permanentemente.

Referindo-se ao fim do prédio para habitação, no que diz respeito ao contrato de arrendamento, escreveu-se no início da década de trinta do século passado⁵⁴², que

⁵⁴²GAZETA DA RELAÇÃO DE LISBOA, ano 44.º, pág. 11.

“...em princípio é evidente que a circunstância de os que se dedicam a profissões liberais trabalharem nas casas que arrendaram para habitação, quer escrevendo, lendo, desenhando, ou até pensando(!) não constitui uso diverso, mesmo que recebam acidentalmente em casa este ou aquele cliente. Mas isto não pode ir evidentemente ao ponto de um médico ou advogado instalar na casa de habitação o seu consultório ou escritório exclusivo, com o correspondente cortejo de empregados, tabuletas, clientes a toda a hora etc. ...”

Para Pires de Lima e Antunes Varela⁵⁴³, e no que dizia respeito ao fim designado no contrato de arrendamento, a questão delimitadora da legitimidade de laboração na habitação *“...está em saber se aquele que exerce a profissão liberal, dentro da casa... ...destina ou não, direta e especialmente, alguma dependência para o exercício da profissão... ...no primeiro caso, o inquilino usa o prédio, ou uma parte dele, para um fim diferente do da habitação; no segundo não...”*

No que a este caso concreto diz respeito, não concordamos que a existência de uma dependência destinada ao exercício da profissão seja critério destrinçador de estarmos ou não perante um uso de fim diferente. Interrogamo-nos que diferença produziria, para os outros condóminos ou para o senhorio, se determinado vizinho ou arrendatário exercia advocacia ou medicina numa divisão própria da casa, ou na cozinha, ou na sala. O que é relevante é o que onera a realidade dos outros, o exercício ou não dessa profissão. Qual seria a relevância, em sede de teletrabalho, de um condómino trabalhar no seu quarto ou numa divisão que ele próprio denomina de escritório⁵⁴⁴?

Não aceitamos de modo algum que qualquer atividade profissional exercida dentro da sua habitação, que não agrave ou onere, mais do que o razoável⁵⁴⁵, a realidade dos outros condóminos seja, por isso, motivo de avaliação como uso

⁵⁴³ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado, Vol. II (reimpressão da 4.ª edição)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 635, nota 6.

⁵⁴⁴ Mesmo no comércio habitacional e na conversa do dia-a-dia é comumente aceite que, nas frações destinadas a habitação, exista uma dependência denominada de escritório.

⁵⁴⁵ Foi aqui utilizado o termo razoável, pois, em nosso entendimento, não existe um critério absoluto para determinar até que ponto é que a atividade onera ou não. Se imaginarmos um advogado a exercer em casa, onde até pode ter o seu domicílio profissional, à partida, em nada onera os seus vizinhos condóminos. No entanto, se constantemente receber clientes provoca um movimento extraordinário no prédio que, inevitavelmente transtornaria o sossego dos outros, onerando assim a realidade dos outros condóminos. Mas se esse advogado, que nunca recebe clientes em casa, um dia, receber um cliente, poder-se-á considerar que já está a onerar os vizinhos? Em termos absolutos, no prédio, existiria mais uma passagem de alguém do que as que existiriam caso esse cliente não fosse recebido, mas se considerarmos que todas as pessoas, na reserva da sua vida privada, podem receber em sua casa quem bem entenderem, seria um claro abuso – com conseqüente ausência de razoabilidade – avaliarmos o que vai fazer um convidado que entra em casa do vizinho.

diferente do fim. Só se deve, em nossa opinião, considerar que o exercício de uma profissão, dentro de uma residência, contraria o seu fim habitacional se provocar uma utilização consideravelmente mais intensa do que, no limite, a singela utilização habitacional provocasse.

A atividade tem, também, que ser secundária em relação à atividade prevista no fim da fração, sob pena de se criarem situações fraudulentas e simulatórias. Imaginemos que numa zona onde a procura de gabinetes de arquitetura é muito elevada, um condômino titular de uma fração para habitação, a transforma num gabinete de arquitetura, mantendo no entanto uma divisão com características de sala de refeições, com mesa e cadeiras, uma dependência com características de quarto de dormir, com cama e armário, e uma cozinha funcional, quando na realidade ninguém habita nessa casa e todas as pessoas que lá se dirigem fazem-no a propósito do exercício da atividade de gabinete de arquitetura.

Esta situação, a ser permitida, criaria uma flagrante situação de fraude à lei, de cumprimento formal das condições mínimas para justificar o cumprimento do fim a que a fração se destina, como “*mal necessário*” para permitir o verdadeiro e pretendido fim que se dá à fração que, a considerar-se preenchido o fim destinado, só com muita dificuldade poderia permitir a tutela do direito.

Parece-nos claro que, se a atividade não diretamente integradora do fim for maioritária ou determinante, sendo a diretamente integradora subsidiária ou apenas formalmente existente, não se pode considerar que o uso que se dá à fração seja de acordo com o seu fim, estando assim esse uso vedado nos termos do n.º 2 do artigo 1422.º.

Por último, a atividade não poderá, também, agravar os direitos e expectativas dos outros condôminos, objetivamente considerados, o que, aliás, vem na senda do que acima foi referido relativamente à necessidade de a atividade ser conexa ou complementar em sentido amplo.

Imaginemos que determinada fração tem como fim estabelecido o comércio de mobília. Parece-nos lícito, e dentro do fim estipulado, que se possa aí proceder a pequenas reparações, por exemplo no âmbito da garantia, bem como a montagem de mobiliário que seja fornecido, para revenda, em peças.

No entanto, é nosso entendimento que, caso essas pequenas reparações, impliquem a produção de ruído, o aumento de funcionários adstritos à loja, a libertação de poeiras e serrim, bem como a utilização de produtos químicos que

libertem cheiros⁵⁴⁶, já estarão fora dos limites do fim estabelecido no título constitutivo e, como tal, estão legalmente vedadas.

2.4.2. Legitimidade para atuar no caso de alteração ilegal do fim.

Se um condómino der à sua fração um destino diferente do fim a que este está adstrito, configura uma situação em que, em face do incumprimento do estatuto que o seu direito confere sobre a coisa (a fração), está a violar o direito de propriedade dos restantes condóminos sobre as suas próprias frações, visto que no estatuto da propriedade dos outros condóminos inclui-se o direito de que, a essa outra fração, não seja dado fim diferente do previsto no título constitutivo⁵⁴⁷.

Todavia, se nenhum dos outros condóminos entender atuar perante esse uso diferente do fim previsto, a consequência em relação a essa alteração ilegal do fim, do ponto de vista exclusivamente civil, é nenhuma⁵⁴⁸.

Em relação à legitimidade, é controverso saber se só podem atuar, individualmente ou em litisconsórcio, os condóminos, ou se, mandatado para o efeito, pode também atuar, intentando a respetiva ação em nome do condomínio, o administrador⁵⁴⁹.

Sandra Passinhas, sustentada no acórdão da Relação de Lisboa de 1999⁵⁵⁰, entende que “...o administrador tem legitimidade para propor uma ação destinada a fazer cessar o uso indevido de uma fração autónoma, ainda que desta utilização não resulte qualquer prejuízo para as partes comuns...”⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ Sem prejuízo das limitações estabelecidas no artigo n.º 1346.º, cf. Capítulo III, 2.1.1.

⁵⁴⁷ No mesmo sentido, MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, «Propriedade horizontal: poderes da assembleia de condóminos e do administrador; o registo como pressuposto da eficácia real das limitações ao uso de frações autónomas estabelecidas no título constitutivo», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXVI, Janeiro/Dezembro 1982, pág. 20.

⁵⁴⁸ O que se entende pois esses mesmos condóminos que estão a não reagir são quem pode, por maioria de dois terços (artigoº 1422.º 4.º), caso o título seja omissivo, ou por unanimidade alterando, cumprindo o requisito formal, o próprio título, permitir a alteração do fim da fração.

⁵⁴⁹ Aqui levanta-se a questão da legitimidade apenas do ponto de vista do lado ativo. Se, por exemplo, a fração estiver arrendada, e for o inquilino que desenvolva a atividade diferente do fim, mesmo que ao abrigo do objeto do contrato de arrendamento, não é esse contrato nulo, apenas ineficaz em relação aos outros condóminos, e a ação tem que ser proposta contra os dois. No mesmo sentido SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 108, e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1988, n.º convencional JSTJ00009561.

⁵⁵⁰ Cf. acórdão da Relação de Lisboa, de 25 de Fevereiro de 1999, Cj, I, págs. 129ss.

⁵⁵¹ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 138.

Por seu turno, Henrique Mesquita, à semelhança de Pires de Lima e Antunes Varela⁵⁵², entende que “...se... ...um dos condóminos afetar a sua fração a finalidade não conforme ao título constitutivo ou à lei, não é à assembleia⁵⁵³ que compete pronunciar-se sobre o procedimento a adotar pelos demais condóminos: cada um destes, por sua livre iniciativa e sem prejuízo das regras processuais sobre litisconsórcio, tem o direito de exigir que cesse a violação do estatuto ou da lei – violação que, bem vistas as coisas, se traduz numa ofensa ao direito de propriedade sobre as frações autónomas, em cujo benefício são habitualmente estabelecidas as limitações quanto ao uso... ...a assembleia só terá legitimidade para intervir quando estas limitações sejam impostas em benefício das partes comuns...⁵⁵⁴”.

Aragão Seia, no mesmo sentido, refere que o administrador “...não pode, por incumbência da assembleia, propor ação contra um condómino e o arrendatário de uma fração a que foi dado destino diferente do constante no título constitutivo, por esta violação não constituir uma ofensa ao uso das partes comuns, mas sim ao direito de propriedade das frações autónomas, exorbitando, portanto, do âmbito da competência da assembleia e do administrador...”⁵⁵⁵.

A jurisprudência também não tem sido uniforme, ao longo dos tempos, no que se prende com esta matéria, podendo-se apontar como exemplo o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Novembro de 1980⁵⁵⁶, que refere que “...o administrador de prédio em propriedade horizontal tem legitimidade para, autorizado pela assembleia de condóminos e em defesa destes, propor ação destinada a impugnar arrendamento de fração autónoma para fim diverso do estipulado no título constitutivo e com reflexos na frequência, segurança, limpeza e manutenção das partes comuns...”⁵⁵⁷, e, mais recentemente, tem vindo a entender diferentemente, como o Tribunal da Relação do Porto⁵⁵⁸, no mesmo sentido da posição *supra* referida

⁵⁵² LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 442, nota 2.

⁵⁵³ E, como tal, não pode a assembleia mandar o administrador para o efeito (artigo 1436.º h).

⁵⁵⁴ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 136-137. No mesmo sentido, ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, 2000, pág. 467.

⁵⁵⁵ SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 207-208.

⁵⁵⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 20 de Novembro de 1980, n.º convencional JSTJ00007329.

⁵⁵⁷ No mesmo acórdão foram referidos, a título de jurisprudências: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 8 de Junho de 1973, BMJ n.º 228, pág. 204; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 30 de Novembro de 1973, BMJ n.º 231, pág. 166; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 22 de Fevereiro de 1974, BMJ n.º 234 pág. 241; e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 7 de Junho de 1979, BMJ n.º 288, pág. 403.

⁵⁵⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 17 de Março de 2005, n.º convencional JTRP00037842

de Henrique Mesquita, dando seguimento assim à consolidação de anteriores acórdãos da Relação de Lisboa, que, num caso⁵⁵⁹, entendeu caber essa legitimidade a qualquer condómino, enquanto que noutra, novamente da Relação de Lisboa, entendeu que “...a autorização, dada pela assembleia de condóminos ao administrador, para agir em juízo só pode ter lugar em matéria da competência da assembleia, que são as partes comuns do prédio... ..não cobre, pois, a propositura de ação, pelo administrador, que verse a utilização de uma fração autónoma para fins diferentes dos permitidos...”⁵⁶⁰.

Para que o administrador tivesse legitimidade para agir no sentido de obrigar um condómino a cessar uma atividade contrária ao fim na sua fração, teria que tal legitimidade advir da conjugação dos artigos 1436.º e 1437.º. Nos termos do n.º 1 do artigo 1437.º “...o administrador tem legitimidade para agir em juízo, quer contra qualquer dos condóminos, quer contra terceiro, na execução das funções que lhe pertençam ou quando autorizado pela assembleia...”.

Atento ao conteúdo do artigo 1436.º, verificamos que nenhuma das suas doze alíneas contempla, ainda que reflexamente, funções atribuidoras de capacidade conservatória de direitos relativos a frações autónomas, o que, à partida, exclui a possibilidade de atuação ao administrador.

No entanto, existem efetivamente duas alíneas que, para o caso, são merecedoras de uma análise um pouco mais profunda.

Por um lado, a alínea f) estabelece que “...são funções do administrador... ..realizar os atos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns...”, o que poderá, numa primeira análise, levantar a questão de a oposição à prática de atividades diferentes daquela a que se destina a fração, são ou não violadoras dos bens comuns. Se considerarmos que no âmbito dos bens comuns só se inserem as ações realizadas nas partes comuns, obviamente, que o administrador só teria legitimidade para agir contra um condómino se este usasse uma parte comum para fim diferente do seu⁵⁶¹, e nunca para a utilização que dava à sua própria fração autónoma, e aqui não vemos que seja defensável a legitimidade do administrador⁵⁶².

⁵⁵⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 6 de Outubro de 1993, n.º convencional JTRL00010888.

⁵⁶⁰ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 10 de Maio de 1990, n.º convencional JTRL00020390.

⁵⁶¹ E aqui a proibição resultaria não do artigo 1422.º 2. C), mas sim do, aplicado por remissão do n.º 1 do artigo 1422.º, artigo 1406.º, n.º 1, que estabelece que “...na falta de acordo sobre o uso da coisa

No entanto, podendo aqui suscitar mais dúvidas, efetivamente, a alteração ilegal do fim de uma fração pode, como consequência indireta, pôr em causa direitos relativos às partes comuns, na medida em que, por exemplo, se um condômino altera ilegalmente o fim de uma pequena fração destinada a habitação para consultório médico, o movimento, a utilização dos corredores, elevadores e porta da rua, o barulho nas zonas comuns e o desgaste das mesmas vai ter um crescimento exponencial, o que poderia levar a concluir que poria em causa direitos relativos às partes comuns⁵⁶³.

Não obstante isso, para nós, este argumento não colhe por duas ordens de razões.

Por um lado, independentemente do fim a que a fração está a ser destinada, pode sempre o administrador atuar contra as próprias atividades reflexas, como o excessivo e desproporcionado uso das partes comuns. Com efeito, não se aceitar esta possibilidade como suficientemente forte para afastar o argumento, iria fazer variar e depender, a legitimidade do administrador para atuar contra a alteração ilegal do fim, da existência ou não, de reflexos materiais, nas partes comuns, tendo legitimidade caso existissem, e falta dela, caso não existisse.

Por outro lado, se qualquer condômino, isoladamente e sem necessitar de levar a questão a assembleia de condôminos, pode atuar, não se perceberia por que razão,

comum, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se dela, contando que não a empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destina...”.

⁵⁶² No mesmo sentido, MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1982, pág. 24, estabelece que “...por muito que se amplie a significação objetiva do conceito de partes comuns... ...jamais poderão incluir-se nelas as frações autónomas do edifício... ...todo o regime da propriedade horizontal assenta na divisão jurídica dos elementos componentes do prédio em partes comuns e frações autónomas ou privativas...”.

⁵⁶³ Neste sentido, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 138, que referindo o supracitado acórdão da Relação de Lisboa de 20 de Novembro de 1980 (nota 319) defende que “...sempre o administrador o poderia fazer quando o uso indevido das frações autónomas se refletisse no uso das partes comuns do prédio...”. Em posição contrária, MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1982, pág. 24, cita no entanto um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Novembro de 1980, de que o texto era um comentário, em que, acolhendo esta tese, escreve que “...na hipótese, o autor (administrador do condomínio) veio a juízo autorizado por uma assembleia geral de condôminos extraordinária, aprovada por unanimidade dos condôminos presentes, invocando os prejuízos causados pela instalação do consultório dentário no prédio, que passara a ser frequentado, devassado e sujo por centenas de pessoas estranhas aos seus habitantes, obrigando os condôminos a suportar despesas acrescidas com a limpeza da escada e patamar do rés-do-chão e com a energia elétrica da escada e átrio, passando as portas de entrada do prédio a estar sempre abertas e os trincos sistematicamente desarranjados... ...quer dizer, além de autorizado por uma assembleia de condôminos, foi em defesa da generalidade destes, afetados pelo reflexo da existência do consultório dentário na frequência, segurança, limpeza e manutenção das partes comuns do edifício, que o administrador veio propor a ação... ...fê-lo, portanto, na execução de funções que lhe pertencem, como administrador dessas partes comuns, e por isso com inteira legitimidade...”.

concorrentemente, se iria também atribuir essa capacidade ao administrador, criando apenas confusão e entropia num sistema que se pretende simples e célere.

Não nos parece assim que, ao obrigar um condómino a cumprir o fim a que a sua fração está adstrita, se possa considerar, de alguma forma, estar-se perante questões relativas aos bens comuns.

Atentos agora à alínea h) do referido artigo 1436.º, verificamos que esta estabelece serem também funções do administrador “...*executar as deliberações da assembleia...*”.

Perante esta norma, novamente Sandra Passinhas⁵⁶⁴, entende que “...*se alguns dos condóminos, reunidos em assembleia, autorizam o administrador a pedir a cessação do uso de uma fração para fim diverso do previsto no título constitutivo, sempre se deveria entender que este agiria, pelo menos, como mandatário desses mesmos condóminos...*”.

Não nos debruçando já sobre a eventualidade de se poder considerar que se trata de mandato, ou mandatos, individual de cada um dos condóminos, cada um em nome próprio, e lembrando que a assembleia só pode deliberar dentro das suas próprias competências, não vemos como poderia o administrador, com base nesta alínea, atuar fora das competências da assembleia.

Cabendo à assembleia a administração das partes comuns, e não sendo, obviamente, a fração autónoma, parte comum, estão assim, as questões relativas a esta, excluídas às competências da assembleia, não podendo, conseqüentemente, esta assembleia, fundamentar, nessas questões relativas a partes comuns, a legitimidade de atuação do administrador⁵⁶⁵.

Tendo isto assente, e voltando ao *supra* aludido acórdão da Relação de Lisboa de 6 de Outubro de 1993, verificamos que este acrescentou ainda que “...*sendo um condómino administrador do condomínio e propondo ação alheia à sua esfera de competência, a ação pode prosseguir em seu próprio nome...*”, o que, em conclusão, e a aceitar-se isto, faria a prossecução de uma ação intentada pelo administrador do condomínio, nessa qualidade, depender de um de dois cenários distintos: ou o administrador do condomínio era também condómino, e aí a qualidade de administrador em cuja veste havia proposto a ação era considerada uma mera irregularidade, sendo esta oficiosamente sanada e prosseguindo a ação com o autor

⁵⁶⁴ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 139. (nota 320)

⁵⁶⁵ Cf. artigo 1430.º, n.º 1.

nas vestes de condómino, ou, caso o administrador não fosse condómino, o que acontece atualmente na generalidade dos grandes condomínios, estaríamos perante uma exceção de ilegitimidade⁵⁶⁶, e seria, o réu, absolvido de instância⁵⁶⁷.

Procedamos então, agora, à análise das duas hipóteses:

i) Caso o administrador não seja condómino, não permitindo assim que a falta de legitimidade fosse considerada uma mera irregularidade, não podendo assim a ação continuar em seu nome, restar-nos-ia a eventual hipótese de se considerar que agisse como representante daqueles que tivessem aprovado a deliberação.

Como a natureza da manifestação da vontade não era de mandato, mas sim de votação em assembleia, a única forma de permitir que essa declaração de vontade produzisse efeitos seria recorrendo à figura da conversão⁵⁶⁸.

Sendo, o mandato, uma declaração de vontade voluntária, não se poderia proceder à conversão automática, mas teria que ser feita prova, por quem pretendesse a continuação dos autos, que o fim prosseguido pelos condóminos que aprovaram a deliberação, permitisse supor que eles a teriam querido, de igual forma, em nome próprio, se conhecessem a impossibilidade de a mesma ser intentada pelo administrador⁵⁶⁹.

No entanto, é claramente diferente a natureza de uma procuração e de uma aprovação numa assembleia – sendo mesmo admissível que um condómino que está de acordo que o administrador, em representação do condomínio, intente uma ação contra um outro condómino, acontece que pode, no entanto, não estar disposto a que essa ação corra os seus termos constando ele próprio como autor.

ii) Caso o administrador seja também condómino, repetindo o acima referido quanto à possibilidade de se converter a deliberação da assembleia em mandato daqueles condóminos que a aprovaram, não acompanhamos a posição jurisprudencial que permite que a ação prossiga imediatamente em nome pessoal do condómino/administrador, pois a opção pela propositura da ação em representação de

⁵⁶⁶ Cf. artigo 577.º, e), Código de Processo Civil.

⁵⁶⁷ Cf. artigo 576.º, n.º 2, Código de Processo Civil.

⁵⁶⁸ Cf. artigo 293.º.

⁵⁶⁹ Cf. MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.* 1982, pág. 21.

todos os condôminos, em detrimento da propositura em nome próprio, tem, material e formalmente, requisitos e efeitos diferentes.

Em sede de custas judiciais, quer com a procedência da ação, quer com o decaimento da mesma, a responsabilidade varia nas duas situações. No primeiro caso, todas as custas judiciais⁵⁷⁰ seriam responsabilidade de todos os condôminos⁵⁷¹, enquanto, no segundo caso, seriam da responsabilidade apenas do autor que age em nome próprio.

Ao mesmo tempo, *à contrario*, teríamos dificuldade em avaliar as consequências de a propositura da ação ser rejeitada pela assembleia, que obviamente não poderia impedir os condôminos discordantes de atuarem por si, ou mesmo, caso o fim diferente do previsto tenha sido autorizado, sem o cumprimento da maioria ou formalidades exigidas, pois, aí também, não poderia ser posta em causa a legitimidade para, individualmente, cada um dos condôminos poder agir⁵⁷².

Parecendo-nos de grande dificuldade fazer-se prova da conversão da aprovação de uma deliberação, em assembleia de condôminos, em mandato conferido pelos condôminos que a aprovaram, parece-nos também que, e em desacordo com a jurisprudência dominante, sempre que o administrador intente, a este respeito, ação contra um condômino, deverá ser a parte considerada ilegítima, e ser o réu absolvido de instância.

⁵⁷⁰ Quer aquelas que se verificam com o decaimento da ação quer aquelas que, não obstante a procedência, sempre existirão, como as custas com a procuradoria que não sejam completamente compensadas em sede de conta final.

⁵⁷¹ Incluindo daqueles que tenham faltado à assembleia, daqueles que porventura tenham votado contra e do próprio condômino réu na ação, que aí estaria a ter custos com os dois lados do pleito.

⁵⁷² No entanto, esta questão não se chegaria a colocar pois, ainda que fosse permitido ao administrador propor a ação, não impediria, cumulativa e alternativamente, qualquer dos condôminos de o fazer também. MANUEL HENRIQUE, «Propriedade horizontal: poderes da assembleia de condôminos e do administrador; o registo como pressuposto da eficácia real das limitações ao uso de frações autónomas estabelecidas no título constitutivo», Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXVI, Janeiro/Dezembro 1982, pág. 22 (nota 18), onde lembra que “...os próprios condôminos que votaram a deliberação não estarão, portanto, vinculados pelo seu conteúdo – importando sublinhar, no entanto, que uma ulterior atuação judicial destes condôminos contrastante com a deliberação que aprovaram poderá eventualmente envolver um abuso do direito...”.

2.4.3. Tem ou não, o tempo, relevância como fator de estabilização de um fim diferente do determinado.

A questão de o tempo produzir efeitos jurídicos no estatuto da propriedade horizontal, concretamente no que diz respeito ao fim de cada fração, pode-se colocar ao nível do instituto da usucapião ou ao nível do abuso do direito.

Se nos centrarmos no primeiro, na usucapião, verificamos que o mesmo, tal como já anteriormente vimos, verifica-se quando a posse do direito de propriedade ou de outro direito real de gozo, mantida por certo lapso de tempo, permite ao possuidor a aquisição do direito cujo exercício corresponde à sua atuação.

O fim a que uma fração se destina, não obstante integrar o estatuto real do direito de propriedade sobre essa mesma fração, não é ele próprio um direito real, mas apenas uma limitação ao exercício do direito de propriedade para o seu titular. Ora, como vimos, por usucapião podem-se constituir originariamente direitos reais mas, e tendo presente o artigo 1287.^{o573}, em nenhuma circunstância pode constituir, ou mesmo abolir, determinadas restrições ao exercício do direito, sendo assim esta alteração do fim insuscetível, sem mais, de ser usucapida.

No entanto, poder-se-ia defender também que, a utilização de determinada fração, durante um lapso alargado de tempo, para um fim diferente do estabelecido, estaria apta a, por usucapião, criar o dever real de servidão predial em relação aos outros condóminos, que ficavam assim, obrigados, a respeitar um dever de abstenção em relação a essa ilegal utilização.

Servidão predial, nos termos do artigo 1543.º, “...é o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente...”.

Ora, sendo característica dos direitos reais, onde se inclui a servidão predial, a eficácia absoluta⁵⁷⁴, não se poderia aceitar que a servidão predial criada apenas fosse

⁵⁷³ Estabelece o artigo 1287.º: “A posse do direito de propriedade ou de outros direitos reais de gozo, mantida por certo lapso de tempo, faculta ao possuidor, salvo disposição em contrário, a aquisição do direito a cujo exercício corresponde a sua atuação: é o que se chama usucapião.”

⁵⁷⁴ Eficácia absoluta, tal como já anteriormente vimos, – (diferencia-se dos direitos de crédito porque nestes a eficácia é relativa) – é o poder de exercer, sobre todas as outras pessoas, imposições que levam à necessidade de respeitarem o direito que em face delas se apresenta. Sendo, determinado sujeito, titular de um direito real, por funcionamento da própria eficácia absoluta, o respeito pelo retirar do conjunto de utilidades em que se traduz o seu direito real, bem como a própria coisa em si, como objeto do direito em causa, terão que ser respeitados por todos os outros elementos da sociedade em que se insere. Se, pelo contrário, for titular de um direito de crédito, esse direito de crédito só é eficaz perante o sujeito passivo desse mesmo direito. Já não é eficaz perante todos os outros elementos da sociedade (o que se traduziria em eficácia absoluta) mas tão só relativamente ao sujeito passivo do direito em

oposta em relação aos titulares de frações em relação aos quais já tivesse passado o prazo de usucapião.

Em relação, quer a todos os outros condóminos, quer em relação a terceiros estranhos ao condomínio, que, eventualmente, pudessem até um dia vir a tornar-se condóminos também, não produziria efeitos. Ou seja, perante esta absurda situação teríamos uma fração que, em relação a determinados sujeitos, teria consolidado um fim, e, em relação a outros, apenas mantinha o fim original, tornando o exercício do direito inexecutável, por um lado, e fazendo tábua rasa sobre a plenitude que a eficácia absoluta, nos direitos reais, tem que ter.

Em face do exposto, por usucapião, não é possível alterar o fim a que se destina uma fração num prédio constituído em propriedade horizontal.⁵⁷⁵

Por fim, compete verificar, se sendo impossível alterar, pela força do tempo, o estatuto da propriedade horizontal, porventura não acontecerá que, não obstante o direito de todos os outros condóminos se oporem a que se destine uma fração ao fim diferente daquele que lhe está determinado, não possam, todos os outros condóminos, coletiva ou singularmente, ficarem impossibilitados de exercerem esse direito, o que, na efetividade prática, iria permitir ao titular da fração, continuar a dar-lhe, de uma forma relativamente inatacável, o tal uso ilegal que lhe vinha dando.

A situação sobre a qual agora nos debruçamos poderá, a acontecer, configurar um quadro de abuso de direito, previsto no artigo 334.⁵⁷⁶. Poderemos considerar que a não reação durante um lapso mais ou menos alargado de tempo (alguns anos) fará o sujeito, quando, mais tarde, pretender reagir contra a utilização que vem sendo dada, a uma fração, para um fim que não é o seu, constitui abuso de direito na modalidade de

causa (eficácia relativa). Resumindo, os direitos de crédito têm eficácia relativa e os direitos reais têm eficácia absoluta.

⁵⁷⁵ No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em 22 de Setembro de 2009, n.º do processo 2658/05.5TVLSB.S1, que “...A usucapião constitui um modo de aquisição de um direito real de propriedade (nos imóveis, com exclusão das servidões prediais não aparentes e dos direitos de uso e habitação – como prevê o artigo 1293.º do Código Civil) fundado na posse mantida por certo lapso de tempo (artigo 1287.º do mesmo Código). O fim a que uma fração autónoma é destinada constitui uma limitação ao exercício do direito de propriedade de cada condómino sobre a sua fração (direito que, em princípio, não sofre compressões de ordem natural), pelo que se não vê que o fim a que se destina o uso possa configurar posse (que é poder que se manifesta quando alguém atua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real – artigo 1251.º do Código), suscetível de, por sua vez, levar à aquisição por usucapião de um direito a usar para fim distinto do estabelecido antes. Adquirem-se direitos reais, não restrições de uso. E é manifesto que a utilização não autorizada pelo título constitutivo não permite configurar qualquer servidão ou encargo sobre os prédios ou frações vizinhas.

⁵⁷⁶ Estabelece o artigo 334.º que “...é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito...”.

*venire contra factum proprium*⁵⁷⁷? A resposta aqui tem que ser afirmativa. Na ilustração de Menezes Cordeiro, comete abuso de direito, nessa modalidade, aquele que “...após 25 anos de temporização com certo estado de coisas... ...intentar uma ação de despejo...”⁵⁷⁸, o que, indubitavelmente, releva que a prática sucessiva de um ato omissivo, no caso a abstenção de reação contra o “certo estado das coisas”, agirá contra essa sua atuação omissiva, tão relevante como se de ações se tratasse, se a dado momento contra isso atuar.

No mesmo sentido, e não tendo, no entanto, considerado estarmos perante abuso de direito por falta de pressupostos fatuais, o Supremo Tribunal de Justiça⁵⁷⁹, contribuiu para esclarecer ao decidir que apenas se “...aceita... ...ser compreensível que, decorridos 20 ou mais anos de afetação das suas frações a uso diferente do constante do título constitutivo... [a] ...autora ficou convicta que os condóminos que não utilizavam as respetivas frações para o fim habitacional já tinham, ou iriam a curto prazo, restituí-las a tal fim... ...o que, como se pôde observar aquando da impugnação da decisão da matéria de facto, decorria de saber também que corriam ações judiciais propostas com esse intuito e que algumas frações já estavam a ser redestinadas ao uso fixado no título constitutivo, como, aliás, era o caso da fração que adquirira...”

Em sentido contrário, Sandra Passinhas⁵⁸⁰ salienta que “...nunca foi considerado que o condómino que pediu a observância do título constitutivo e a cessação do uso ilegítimo da fração autónoma atuasse em abuso de direito...”. Para suportar a sua opinião cita três acórdãos, o primeiro do Supremo Tribunal de Justiça,

⁵⁷⁷ Nas palavras de CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Do abuso do direito: estado das questões e perspetivas*, http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=45582&ida=%2045614, “...o abuso do direito apresenta-se, afinal, como uma constelação de situações típicas em que o Direito, por exigência do sistema, entende deter uma atuação que, em princípio, se apresentaria como legítima. ... O primeiro e, porventura, mais impressivo tipo de actos abusivos organiza-se em torno da locução *venire contra factum proprium* ou, mais simplesmente, *venire*... ...Estruturalmente, o *venire* postula duas condutas da mesma pessoa, lícitas em si, mas diferidas no tempo. Só que a primeira — o *factum proprium* — é contraditada pela segunda — o *venire*. O óbice que justificaria a intervenção do sistema residiria na relação de oposição que, entre ambas, se possa verificar. Há diversas sub-hipóteses. O *venire* é positivo quando se traduza numa ação contrária ao que o *factum proprium* deixaria esperar; será negativo caso redunde numa omissão contrária no mesmo *factum*. Sendo positivo, o *venire* pode implicar o exercício de direitos potestativos, de direitos comuns ou de liberdades gerais...”.

(http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614)

⁵⁷⁸ Cf. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, in «Do abuso do direito: estado das questões e perspetivas», *ob. cit.*, v.

⁵⁷⁹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 22 de Setembro de 2009, n.º do processo 2658/05.5TVLSB.S1.

⁵⁸⁰ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 139.

e os outros dois do Tribunal da Relação de Coimbra, respetivamente de 1980⁵⁸¹, 1982⁵⁸² e 1996⁵⁸³.

Em relação ao primeiro acórdão, a fundamentação do réu para considerar o autor em abuso de direito, e que foi afastada pelo tribunal, prendia-se com o facto de “...anteriormente, vários condóminos, em assembleia... [terem] ...admitido poder o rés-do-chão, mediante certas condições, ser arrendado para escritório ou consultório médico...”, considerando ainda que, “...ainda que assim tenha sucedido, esse errado entendimento nada podia ter lesado o direito de, mais convenientemente elucidado sobre o caso, virem a opor-se a essa utilização, contrária ao título constitutivo da propriedade horizontal...”.

A argumentação deste acórdão não parece, em nossa opinião, sustentar a tese de afastamento da possibilidade de abuso do direito, na modalidade de *venire contra factum proprium*, pois o próprio tribunal só aceita que não se integre nesta figura apreciando um facto novo, e a nosso ver essencial, que é o facto de o autor estar *mais convenientemente elucidado sobre o caso*. O abuso de direito opera quando alguém, sem alteração das circunstâncias externas, passa, em relação a terceiro, a agir de forma diferente do que agia, e não a alteração da ação em virtude de reação a algo novo, como a elucidação sobre o caso, que afasta os pressupostos desta figura jurídica.

Em relação ao segundo acórdão, o tribunal “...considerou não haver abuso de direito relativamente a uma fração autónoma destinada a habitação e usada para salão de cabeleireiro... ...apesar de os condóminos continuarem a viver na fração, onde instalaram o modesto salão, em ordem a ganhar honestamente a sua vida...”.

Com efeito, também aqui, não vemos que este acórdão ponha em causa o funcionamento do abuso do direito na modalidade mencionada, *venire contra factum proprium*, pois em nenhum momento foi relatada qualquer alteração de comportamento do autor, parecendo-nos mesmo que a modalidade de abuso do direito que aqui pudesse estar, eventualmente, em causa fosse o *desequilíbrio*⁵⁸⁴, pois,

⁵⁸¹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Novembro de 1980, BMJ n.º 311, 1980, pág. 418 ss.

⁵⁸² Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2 de Novembro de 1982, CJ V, pág. 80 ss.

⁵⁸³ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de Novembro de 1996, CJ V, pág. 5 ss.

⁵⁸⁴ Nas palavras de CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*, ob. cit., “...o *desequilíbrio* no exercício das posições jurídicas constitui um tipo extenso e residual de atuações contrárias à boa-fé. Ele comporta diversos subtipos; podemos apontar três: — o exercício danoso inútil; — *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*; — desproporção grave entre o benefício do titular exercente e o sacrifício por ele imposto a outrem... ...em todas estas

atendendo aos valores em causa, é notória a desproporcionalidade entre o benefício que se pretende acautelar e o prejuízo que se vai causar na vida do réu.

Por último, em relação ao terceiro acórdão, o tribunal “...*considerou que não atua em abuso de direito o condómino de um prédio, exclusivamente destinado a habitação pelo título constitutivo, em que outro condómino usa a sua fração para laboratório de análises clínicas, ao pedir a cessação de tal uso. Isto, ainda que o funcionamento do laboratório fosse anterior à data em que ele adquiriu a sua fração (dez anos antes), que no laboratório trabalhassem quinze empregados e que do seu funcionamento não resultassem maus cheiros ou qualquer prejuízo para os restantes condóminos (o que não era o caso, pois aí provou-se que a fração emanava cheiros, oriundos dos produtos químicos utilizados para as análises químicas) ...*”.

Coerentemente, também aqui, não vemos que este acórdão ponha em causa o funcionamento do abuso do direito na modalidade mencionada, *venire contra factum proprium*, pois não foi tido em conta apenas o facto de o laboratório já existir antes da aquisição da outra fração pelo autor, o que seria uma atuação contrária ao comportamento no momento da compra, mas também, o que para nós é absolutamente determinante, o facto de os químicos utilizados estarem a provocar cheiros e não ser, sem mais, uma reação sem um motivo atual.

Com algumas dificuldades em aceitar integralmente a sua fundamentação, nomeadamente no que diz respeito à manutenção dos quinze postos de trabalho⁵⁸⁵, parece, no entanto, significativo que a autora que refere este acórdão também tenha dúvidas afirmando que “...*quando os condóminos compraram a fração já o laboratório funcionava no prédio... ...o que se não é por si só relevante, é-o se considerarmos que entre a data da compra da fração autónoma e a data da propositura da ação decorreram quase dez anos...*”⁵⁸⁶.

hipóteses, podemos considerar que o titular, exercendo embora um direito formal, fá-lo em moldes que atentam contra vectores fundamentais do sistema, com relevo para a materialidade subjacente. O desequilíbrio está na origem do abuso, particularmente nas decisões pioneiras, como a da chaminé falsa de Colmar ou a da chaminé baixa de Coimbra. À medida que os ordenamentos foram progredindo, estas hipóteses perderam terreno. Todavia, elas vieram a recuperá-lo noutras áreas, especialmente quando houve que enfrentar o silêncio do Direito legislado...”.

(http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614)

⁵⁸⁵ A autora evoca como um dos argumentos para pôr em dúvida o sentido deste acórdão, entre outros, o facto de “...*estarmos, eventualmente, a colocar em causa o emprego de quinze pessoas...*”. Neste ponto afastamo-nos em absoluto da sua opinião pois, do ponto de vista civil, se não se podem legitimar, com obrigações assumidas com terceiros, atuações ilegais, senão nos casos expressamente previstos na lei, como é exemplo o instituto previsto no artigo 291.º

⁵⁸⁶ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 140.

É então certo que, o não exercício por um período alargado de tempo do direito de exigir que o titular da fração se abstenha de lhe dar fim diverso do constante no título constitutivo, integra o conceito de abuso de direito, pois, com a sua omissão, estabilizou nas expectativas do prevaricador que desse direito não se iria fazer valer. Acresce notar que, a verificar-se este abuso de direito, não fica o titular da fração autorizado a dar-lhe este novo fim, o que aliás já vinha acontecendo, mas apenas impede que aquele sujeito específico ponha em causa a sua situação de facto.

2.5. Dever de se abster de praticar quaisquer atos ou atividades que tenham sido proibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberação da assembleia de condóminos aprovada sem oposição.

O artigo 1422.º, n.º 2, d) estabelece que “...*é especialmente vedado aos condóminos... ...praticar quaisquer atos ou atividade que tenham sido proibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberação da assembleia de condóminos aprovada sem oposição...*”.

Atento o conteúdo desta norma, tal como nas normas contidas nas duas alíneas anteriores do mesmo número, entendemos que a mesma não se aplica a atos praticados nas partes comuns, mas apenas a atos praticados no interior de cada uma das frações autónomas.

Não nos esqueçamos, no entanto, que na alínea b), referindo “...*destinar a sua fração...*”, e na alínea c), referindo “...*dar-lhe... ...[à fração]...*”, as normas centram as limitações aí previstas ao espaço da própria fração autónoma, sendo que na alínea d) nenhuma referência limitativa espacial está estabelecida, o que nos poderia levar a concluir que a limitação aqui prevista se estendia à totalidade dos espaços sobre o quais pudesse recair o estatuto da propriedade horizontal, ultrapassando assim os limites da fração autónoma, estendendo-se, potencialmente, também sobre as partes comuns.

Não obstante isso, se aceitássemos que esta norma também se aplicava às partes comuns, estaríamos a torná-la a única, em todo o n.º 2 do artigo 1422.º, em que isso acontecia, o que seria sistematicamente incoerente, e excluiria a regulamentação

que a lei permite, e em certas circunstâncias até impõe⁵⁸⁷, sobre estas partes. Obrigar assim, o que não faria sentido, que a regulamentação do uso das partes comuns, ao contrário do que, no local próprio desenvolvemos, tivesse que passar sempre pela assembleia de condóminos não podendo ser aprovada com qualquer oposição⁵⁸⁸.

Não sendo, nesta parte do presente trabalho, as limitações à atuação nas partes comuns, o objeto, centramos-mos apenas, por agora, às proibições aplicáveis às próprias frações e à norma em apreço, deixando para o próximo capítulo, as proibições relativas às partes comuns, no âmbito do direito que disciplina o uso das mesmas⁵⁸⁹.

Esta norma, não criando uma direta limitação ao exercício da sua propriedade, por parte de cada um dos condóminos, não deixa de abrir a porta à possibilidade, originária ou posterior, de modelação do estatuto da propriedade horizontal, com consequente alteração das esferas jurídicas dos diferentes condóminos, no que diz respeito a essa sua própria fração.

As duas modelações ao estatuto da propriedade horizontal aqui possibilitadas, apenas permitem limitar o estatuto original – retirando ou restringindo, aos condóminos, direitos que, à partida, estes teriam – mas não permite que se acrescentem direitos aos previstos na lei. Não podemos, no entanto, esquecer que, estando no âmbito da vizinhança de um condomínio, qualquer limitação ao direito de cada condómino é, em última análise, uma adição de direitos a todos os outros⁵⁹⁰.

Podemos então verificar que, atenta esta possibilidade de modelação da propriedade horizontal, quer originariamente, quer posteriormente, o estatuto da mesma pode alterar-se, o que, inevitavelmente importa uma modificação na esfera jurídica dos condóminos.

Duas questões não podem, no entanto, deixar de, desde já, ser avaliadas. Até que ponto é livre a restrição adicional de direitos, quer em sede de título constitutivo,

⁵⁸⁷ Cf. artigo 1429-A.

⁵⁸⁸ Cf. Capítulo IV, 1.2.2.

⁵⁸⁹ Cf. Capítulo IV, 1.2.

⁵⁹⁰ A título de exemplo, caso, com base nesta norma, esteja vedado, aos condóminos, colocar roupa a secar nas janelas, cada um, individualmente, terá a limitação de não o poder fazer, que é uma limitação ao seu direito de propriedade sobre a fração, mas, ao mesmo tempo, tem o direito de exigir a todos os outros que também, eles próprios não o façam, beneficiando assim do direito de viver num edifício em que é proibido enfeitar as janelas com roupa em secagem.

quer em sede de posterior deliberação, e qual a natureza, obrigacional ou real, destas limitações.

A limitação à atuação de cada condómino no interior da sua fração autónoma pode resultar, originariamente, do próprio título constitutivo, ou de uma modificação, posterior, dele. Nesse caso é sempre necessária escritura pública ou documento particular autenticado, nos termos do n.º 1 do artigo 1419.º, e o consequente acordo de todos os condóminos. Aqui, é a própria propriedade horizontal que é modelada com a consequente eficácia real dessa mesma modelação.

Pode ainda acontecer que a modelação seja posterior e não implique a alteração do título constitutivo, processando-se através da elaboração de um regulamento do condomínio ou através de deliberação da assembleia.

Centrando-nos, num primeiro momento, e como melhor à frente será estudado, na possibilidade de elaboração de um regulamento de condomínio, vemos que o mesmo pode constar do título constitutivo, quer originalmente, quer por posterior modificação do mesmo, ou existir independentemente dele. No primeiro caso, não estaríamos perante uma modelação do estatuto posterior ao título constitutivo, mas sim perante uma alteração ao próprio título constitutivo, no âmbito do seu regulamento.

No caso de criação, ou alteração, do regulamento criado posteriormente, e não nele inserido, ao título constitutivo, este, tal como resulta do artigo 1429.º-A, destina-se a disciplinar o uso, fruição e a conservação das partes comuns.

Tendo presente o conteúdo do artigo 1306.º, n.º 1, estranho, à partida, não deixa de ser que as partes contitulares de um direito real possam modelar o seu estatuto que, inevitavelmente, se vai impor a terceiros⁵⁹¹. Tal como nos é referido por Orlando de Carvalho, a respeito da tipologia associada aos direitos reais “...*não podem constituir-se tipo de direitos das coisas além dos tipos que o sistema prevê... ..., os tipos admitidos são, porém, tipos «abertos» (e não tipos «fechados» como os do direito criminal) ...*”⁵⁹². Sendo estes tipos abertos, com o título constitutivo, as partes que constituem a propriedade horizontal, e apoiadas na abertura que lhes é

⁵⁹¹ Estabelece o n.º 1 do artigo 1306.º que “...*não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional...*”.

⁵⁹² CARVALHO, ORLANDO DE, *ob. cit.*, 2012, pág. 192.

atribuída pela lei, podem modelar o exercício do seu direito real de propriedade de fração inserta em edifício constituído em propriedade horizontal⁵⁹³.

A questão aqui levantada tem especial relevância, nos dias de hoje, nas proibições existentes num cada vez maior número de condomínios, de se ter, no interior das frações, animais domésticos ou, pelo menos, determinados animais domésticos. É pertinente ponderar-se se, em primeiro lugar, esta, como outras proibições, podem ser livremente criadas, e, uma vez criada a proibição, se é absoluta ou se tem que ser interpretada à luz de todo o direito, *maxime* constitucional.

Sandra Passinhas, defendendo qua a interpretação de uma norma condominial, legítima, deve ser feita de acordo com os preceitos constitucionais, nomeadamente dos direitos fundamentais, questiona-se sobre o que fazer quando “...*num determinado edificio, o título constitutivo proíbe ter animas nas frações autónomas... [e] ...se um dos futuros condóminos tiver um filho autista, para cujo desenvolvimento é essencial a companhia de um cão, ou for um invisual que necessite de um cão-guia...*”. Na sua opinião esta disposição do título constitutivo, no caso concreto, ter-se-á por não aplicável⁵⁹⁴.

Sendo certo que nem o legislador pode, com atos legislativos, violar o conteúdo constitucional dos direitos fundamentais, muito menos o poderia fazer o particular original outorgante do condomínio ou o conjunto dos condóminos, em sede de modelação do instituto da propriedade horizontal. No entanto, seria também pertinente saber se esta limitação criada era inconstitucional sem mais ou apenas as circunstâncias extraordinárias dos condóminos, o autismo ou a cegueira, tornariam a aplicação concreta inconstitucional.

Antes de nos centrarmos na eficácia, caso a caso, das limitações da presente ordem, e para que as mesmas possam ser, uniformemente, interpretadas, é prudente centrarmo-nos na natureza jurídica dessas limitações. Como vimos, as limitações à propriedade horizontal, tal como as limitações ao direito de propriedade em geral, ou têm natureza pública, e visam acautelar interesses coletivos, ou têm natureza particular e visam acautelar interesses de vizinhança.

Ora, estando nós aqui, claramente, na presença de limitações acauteladoras de interesses de vizinhança, temos que, antes de mais, verificar que tipos de interesses

⁵⁹³ ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, 2000, pág. 320.

⁵⁹⁴ PASSINHAS, SANDRA, «Os animais e o regime português da propriedade horizontal», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66 – Vol. II, setembro de 2006

estão subjacentes à criação destas limitações. Naturalmente, quando determinado título constitutivo estabelece que não se pode, por exemplo, ter no interior das frações cães ou gatos, o estabelece em virtude do barulho que os mesmos possam produzir, dos cheiros a que derem origem e do eventual pelo que possa largar nas zonas comuns nos percursos em que sejam transportados de e para as frações autónomas. Posto isto, até que ponto seria legítimo a um condómino opor-se à guarda, dentro da fração de um condómino vizinho, de um animal abrangido pela proibição quando este não faz barulho, não emite cheiros e não larga pelo?

Responder negativamente a esta questão também poderia redundar numa clara inocuidade da norma que prevê esta limitação, pois, efetivamente, ou o condómino que pretendia opor-se à detenção do animal tinha um direito seu, adicionalmente, a ser violado (por exemplo o direito ao descanso em virtude de um animal fazer barulho), o que já estava tutelado pela proibição de emissão de fumo, produção de ruído e factos semelhantes, prevista no artigo 1346.º, e já anteriormente aprofundada, ou então, não tendo um adicional direito seu violado, seriam limitações, inexistentes.

Ao aceitar-se isto, a questão levantada por Sandra Passinhas, em sede de direitos fundamentais, seria dirimida pelas regras da colisão de direitos, obrigando aquele que se opunha a utilização do animal a ver o seu direito comprimido em virtude da superior necessidade do invisual se fazer acompanhar pelo seu cão-guia ou a criança autista ter, dentro das suas limitações, o melhor desenvolvimento possível⁵⁹⁵.

Na realidade não é assim que entendemos esta norma. Obviamente que as relações de vizinhança, mormente num condomínio, implicam limitações ao conforto individual que a vida isolada em casa sem vizinhança não implica. Este é o preço a pagar pelas vantagens económicas e sociais de partilhar um prédio. Inseridos nesta realidade os condóminos têm que se sujeitar a pequenos barulhos, cheiros e demais moléstias que, resultando de uma utilização normal e equilibrada das frações, os seus vizinhos produzem.

Com a proibição da prática de determinados atos ou atividades no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberação da assembleia de condóminos aprovada sem oposição (art.º 1422.º, n.º 2, d)), o que parece pretender-se é abrir a

⁵⁹⁵ Sobre os problemas levantados pela colisão de direitos, veja-se ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, pág. 220, ss.

porta a que, algumas e determinadas dessas moléstias sejam eliminadas através da simples eliminação da sua fonte. Certo é, com certeza, que se eliminar o cão que ladra numa fração perturbando os vizinhos, estamos necessariamente a eliminar o latir do cão. No entanto não podemos perder de vista, quando aplicamos a limitação, que ela não vale por si só, mas sim como instrumento ao serviço da eliminação do mal ou moléstia que, aos outros, causava.

Interpretando assim esta norma, não bastaria, por exemplo, ao condômino do r/c que o título constitutivo da propriedade horizontal proibisse a existência de animais nas frações para que pudesse obrigar o vizinho do 25.º andar a abster-se de manter na sua fração um cão. Esse condômino teria também que provar, o que devido à distância entre as duas frações seria quase impossível, que o cão, concretamente, provocava o incómodo que lesava o interesse seu que a limitação visava acautelar. A eventualidade de não fazer essa prova concreta (não bastando assim provar que o barulho de cão era audível de outras habitações que não a sua, pois em relação a essas só os respetivos titulares tinham legitimidade para invocar), colocaria a sua pretensão, não só abrangida pelo instituto do abuso do direito, como mesmo fora da tutela da proibição de manter animais nas frações, prevista no título constitutivo.

Assim, todas limitações criadas em sede de modelação do título constitutivo, e que não resultem diretamente da lei, existem apenas para afastar determinadas moléstias que a normal utilização das frações acarreta nos vizinhos. Como tal, é limite da sua aplicação a existência concreta da moléstia. Em casos como os apresentados por Sandra Passinhas, e *supra* referidos, nem se poderia colocar a questão da proibição pois a necessidade de existência do cão não era inserida numa utilização normal da fração, mas sim resultante de circunstâncias excecionais que justificariam e legitimariam a existência do cão na utilização concreta e inultrapassável da fração.

Fora destes casos limite, ainda aqui, qualquer proibição desta natureza, como a proibição de manter animais no interior das frações, só produz os seus efeitos se existir um nexo de causalidade entre a existência do animal e da moléstia produzida na esfera jurídica do condômino vizinho que a proibição visa acautelar.

No que diz respeito à liberdade de criação restrições, em sede de limitação ao exercício de direitos nas frações, provenientes da modelação do estatuto do condomínio, claro se torna que esta não tem natureza absoluta e cinge-se apenas à restrição de atividades que criem moléstias próprias da utilização normal de uma fração. Não pode, por exemplo, ser criada uma restrição que torne impossível o

funcionamento da propriedade horizontal, o que aconteceria, entre outras, se se proibisse a utilização de uma fração para habitação num edifício exclusivamente residencial.⁵⁹⁶

De igual forma, a nosso ver, não podem também ser criadas restrições violadoras da lei ou da própria Constituição. Uma norma constante do título constitutivo que proibisse que determinadas frações fossem habitadas por pessoas de determinada religião ou determinada etnia, ferindo princípios fundamentais de direito constitucional, seria desde logo uma limitação inexistente, por violação do preceito do n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa. Aqui teríamos uma dupla impossibilidade, por um lado tal restrição seria violadora da constituição e, por outro, não afastaria uma moléstia própria da utilização normal de uma fração.

Nesta questão concreta, no entanto, a doutrina não é unânime, entendendo mesmo Rui Miller que “...*pode proibir-se a utilização da fração por gente de mau porte ou outros indesejáveis... [ou] ...proibir-se... ...a cedência, por qualquer título, de uma fração ou sua parte ou autoriza[-la] apenas em certas condições...*”.⁵⁹⁷ De encontro ao nosso entendimento, sem no entanto subscrevermos em absoluto a fundamentação, Henrique Mesquita considera ilícita esta proibição porque “...*os bens patrimoniais são livremente disponíveis (art. 1305.º) e as derrogações a este regime traduzem-se numa tão grave limitação ao direito do titular que só deverão admitir-se quando resultem inequivocamente da lei...*” e por outras razões “...*que decorrem da legislação avulsa de arrendamento...*”⁵⁹⁸.

A nosso ver, a *supra* referida razão constitucional, pela sua própria natureza, é suficiente e aglutinadora de todas as outras, impedindo assim este tipo de restrições⁵⁹⁹.

Não pode também, e na sequência de tudo o anteriormente referido, ser criada qualquer limitação que não beneficie, afastando uma moléstia concreta, pelo menos um condómino titular de uma outra fração. Caso isso não aconteça – como, por exemplo, se o título constitutivo proibisse a pintura da cor vermelha das casas de

⁵⁹⁶ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 124, no mesmo sentido, refere que “...*não lhe está vedado o estabelecimento de restrições ao exercício do direito dos condóminos... enquanto essas restrições não desvirtuem a sua natureza de direito de propriedade...*”.

⁵⁹⁷ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 178. No mesmo sentido AEBY, FRÉDÉRIC, AEBY, FRÉDÉRIC, *ob. cit.*, n.º 176.

⁵⁹⁸ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 125.

⁵⁹⁹ Se tivéssemos uma visão da propriedade horizontal com natureza societária, à moda anglo-saxónica, seria diferente o entendimento pois aí prevaleceria o estabelecido no pacto social.

banho das frações – também aqui devem ser tidas essas limitações como inexistentes, em virtude de, o seu desrespeito não criar, nem ser apto a criar qualquer prejuízo a outro condômino, pelo que não produz qualquer efeito.

Por último, e quanto à natureza real ou obrigacional que estas limitações criadas possam ter, é claro que as mesmas têm natureza real. Nas palavras de Pires de Lima e Antunes Varela, “...todas as restrições de origem negocial, quer quanto ao destino das frações autónomas, quer quanto aos atos materiais ou jurídicos que os condóminos não podem praticar, fazem parte integrante do estatuto do condomínio, o que equivale a dizer que têm natureza real e, portanto, eficácia erga omnes...”⁶⁰⁰.

O facto de terem natureza real não é necessário que delas se faça menção no contrato de arrendamento para que sejam oponíveis ao inquilino, nem têm que ser mencionadas no documento translativo do direito de propriedade da fração para que, a elas, o novo proprietário esteja sujeito.

Concluindo, as restrições aqui previstas, de natureza claramente real, estão limitadas na sua constituição apenas à exclusão de atividades cuja prática implicasse uma moléstia concreta a, pelo menos, outro condômino, e têm uma existência meramente relativa, obrigando o condômino que contra elas se queira opor a fazer prova da lesão concreta de um interesse seu, cuja tutela esteja na natureza da restrição.

⁶⁰⁰ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 427.

IV – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS CONDÓMINOS QUANTO ÀS PARTES COMUNS

1. DIREITOS DOS CONDÓMINOS QUANTO ÀS PARTES COMUNS

1.1. Preliminar

Quando nos centramos na natureza jurídica de propriedade horizontal, concluímos que a razão de ser deste instituto se centrava na possibilidade de utilização e pleno gozo de cada uma das frações pelo seu titular, ou por quem ele entendesse. Necessariamente, para compatibilização das diferentes frações, para manter o prédio erguido e para utilização de cada uma dessas frações, torna-se necessário beneficiar de estruturas, que não são próprias, integrantes de cada uma das frações.

A solução encontrada pela generalidade das legislações para enquadrar essas estruturas foi a figura da compropriedade. No entanto, a compropriedade é uma forma de comunhão voluntária do direito de propriedade, quer por ser, por regra, constituída por negócio jurídico, quer ainda por ninguém a ela estar eternamente obrigado, podendo, a qualquer momento, dela se desonerar por renúncia ao direito ou por exigência da divisão⁶⁰¹.

No entanto, esta compropriedade existente na propriedade horizontal, por ser, naturalmente, necessária ao gozo de cada uma das frações, não pode, desta, ser separada⁶⁰². O princípio que traduz esta inseparabilidade entre a fração autónoma e a compropriedade das partes comuns, o princípio da *incindibilidade*, obriga a que a compropriedade aqui presente revista particularidades em relação ao comproprietário voluntário, o que obrigará, seguidamente, a um estudo mais aprofundado⁶⁰³.

Não se pense, no entanto que a evolução do texto da norma que estabelece a correlação entre a propriedade plena das frações e da compropriedade das partes comuns, operada do Decreto-Lei 40333, de 14 de Outubro de 1955, no seu artigo 10.º,

⁶⁰¹ Para permitir a renúncia ao direito de compropriedade, estabelece o artigo n.º 1411.º, n.º 1, que “...os comproprietários devem contribuir, em proporção das respetivas quotas, para as despesas necessárias à conservação ou fruição da coisa comum, sem prejuízo da faculdade de se eximirem do encargo renunciando ao direito...”. No que toca à possibilidade de exigência de divisão, estabelece o n.º 1 do artigo 1412.º que “...nenhum dos comproprietários é obrigado a permanecer na indivisão, salvo quando se houver convencionado que a coisa se conserve indivisa...”.

⁶⁰² Cf. artigo n.º 1420.º, n.º 2, que 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 condômino se desonerar das despesas necessárias à sua conservação ou fruição...”.

⁶⁰³ Cf. LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 417, nota 5.

n.º 1, para o n.º 1 do artigo 1420.º, que veio, esse, substituir, retirando o termo “acessoriamamente”, afetou essa incindibilidade⁶⁰⁴. Bem pelo contrário, e como nota Rui Vieira Miller, “...*embora a compropriedade continue a ser de natureza complementar... ...a lei é bem expressa no sentido de que o conjunto desses dois direitos é o cerne do direito de propriedade horizontal...*”⁶⁰⁵.

Passaremos então, agora, ao estudo das particularidades inerentes às partes comuns do prédio, que o instituto da propriedade horizontal origina e possibilita.

1.2. Direito de disciplinar o uso das partes comuns

A disciplina do uso das partes comuns pode resultar do próprio título constitutivo ou, como veremos à frente, de um regulamento do condomínio. No entanto, quer por omissão do regulamento do condomínio, quer por não existir esse regulamento, levanta-se a questão de se saber se a assembleia de condóminos, e com que votação necessária, pode deliberar sobre a forma de uso das partes comuns, podendo mesmo, essa deliberação, diminuir o gozo de algum condómino.

O artigo 1422.º n.º 1 estabelece, como vimos, que “...*os condóminos, nas relações entre si, estão sujeitos, de um modo geral, quanto às frações que exclusivamente lhes pertencem e quanto às partes comuns, às limitações impostas aos proprietários e aos comproprietários de coisas imóveis...*”.

O que nos parece resultar da interpretação deste artigo é que, em relação às frações autónomas, se aplicam as limitações impostas ao proprietário, e que em relação às partes comuns, se aplicam as restrições impostas ao comproprietário, o que, aliás, resulta da própria natureza jurídica da propriedade horizontal.

Não se pode perder de vista que a natureza jurídica da compropriedade, que é uma forma de comunhão do direito de propriedade, determina que as limitações inerentes ao proprietário se aplicam igualmente ao comproprietário.

⁶⁰⁴ Estabelecia o n.º 1 do artigo 10.º do Decreto-Lei 40333, de 14 de Outubro de 1955, que “...*cada um dos proprietários tem direito de propriedade sobre a fração autónoma correspondente e, acessoriamente, o direito de compropriedade da parte comum do prédio...*”.

⁶⁰⁵ Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 151.

Assim, e relativamente às partes comuns, cuja administração vem prevista, de uma forma genérica, no artigo 1430.º n.º1⁶⁰⁶, como aliás anteriormente já vimos, fica o condómino sujeito, quer às limitações de direito de propriedade de imóveis em geral, quer às limitações emergentes da compropriedade, por força do preceituado no n.º 1 do artigo 1422.º.

Em relação às limitações emergentes da compropriedade, o artigo 1406.º estabelece, no âmbito do uso da coisa comumente titulada, que “...*na falta de acordo sobre o uso da coisa comum, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se dela, contanto que a não empregue para fim diferente daquele a que a coisa se destina e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito...*”, o que contextualiza uma solução alternativa, ou através de um entendimento entre comproprietários, ou através de uma utilização promíscua da coisa comum, com os únicos limites de obedecer ao fim da coisa e não obstruir igual uso por parte dos outros condóminos.

A respeito do hipotético acordo, é pertinente verificar se esse acordo tem que ser unânime, por parte dos contitulares, ou se, de outra forma, pode existir uma maioria diferente capaz de impor a todos uma disciplina do uso comum. Estando esta disciplina inserida na forma de administração da coisa comum, estabelecida no n.º 1 do artigo 1407.º, em conjugação com os números 3⁶⁰⁷ e 4⁶⁰⁸ do 985.º, estes últimos por remissão expressa do primeiro, esta pode ser estatuída desde que haja uma maioria de comproprietários sufragando em determinado sentido. É igualmente necessário que aqueles comproprietários representem, pelo menos, metade do valor total das quotas, o que corresponde a uma dupla e qualificada maioria na aprovação. No caso da administração de parte comum de um prédio constituído em propriedade horizontal, é exigida apenas uma maioria simples de voto dos condóminos, em assembleia regularmente constituída.

Por outro lado, mas no mesmo sentido, integrando sistematicamente a questão em apreço e interpretando enunciativamente, segundo a regra de que a lei que permite o mais, permite o menos, o artigo 1429.º-A, que estabelece que “...*havendo mais de*

⁶⁰⁶ Esta norma estabelece que “...*a administração das partes comuns do edifício compete à assembleia de condóminos e a um administrador...*”.

⁶⁰⁷ Estabelece o n.º 3 do artigo 985.º que “...*se o contrato confiar a administração a todos ou a vários sócios em conjunto, entende-se, em caso de dúvida, que as deliberações podem ser tomadas por maioria...*”.

⁶⁰⁸ Estabelece o n.º 4 do artigo 985.º que “...*salvo estipulação noutro sentido, considera-se tomada por maioria a deliberação que reúna o sufrágio de mais de metade dos administradores...*”.

quatro condóminos e caso não faça parte do título constitutivo, deve ser elaborado um regulamento do condomínio disciplinando o uso, a fruição e a conservação das partes comuns...” cuja produção, “...*compete à assembleia de condóminos ou ao administrador, se aquela o não houver elaborado...*”, a nossa posição não pode ser diferente. Por maioria de razão, se a lei permite, expressamente, que se modele, através de um regulamento, a disciplina do uso das partes comuns, claro está que a mesma possibilidade existe para a modelação casuística no caso da ausência ou omissão regulamentar.

1.2.1. Disciplinação na ausência de regulamentação

Tendo presente o acima descrito, para se proceder, sem regulamentação, ou sem a contrariar, independentemente da regulamentação, respeitante à disciplina do uso de uma parte comum de um prédio constituído em propriedade horizontal, será necessário que seja convocada uma assembleia de condóminos para o efeito e necessitará, para deliberar, nos termos do artigo 1432.º n.º 3., de “...*maioria dos votos representativos do capital investido...*”.

No caso de resultar da regulação da utilização uma limitação à utilização de uma parte comum por parte de algum dos condóminos, como por exemplo se se acordar, em relação a uma garagem comum, os locais de estacionamento de cada um, ou, caso essa garagem não permita estacionamento para todos os condóminos, a disciplina da utilização por turnos ou períodos, segundo o defendido por alguns autores, só pode resultar de uma decisão unânime⁶⁰⁹.

A nossa opinião vai, no entanto, em sentido diferente, por duas ordens de ideias.

Por um lado, estabelecendo a lei que o regime regra para as decisões de administração ordinária é o da maioria, como atrás vimos⁶¹⁰, e exigindo, excecionalmente, maioria representativa de dois terços do valor total do prédio para: i) aprovar regulamento do condomínio que determine que despesas relativas ao pagamento de serviços de interesse comum ficam a cargo dos condóminos em partes iguais ou em proporção à respetiva fruição (artigo 1424.º, n.º 2); e ii) aprovar obras

⁶⁰⁹ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 268, notam 668.

⁶¹⁰ Cf. artigo 1432.º, n.º 3.

que constituam inovações (artigo 1425.º, n.º 1.), não sendo no entanto, neste caso, nas partes comuns do edifício, permitidas inovações capazes de prejudicar a utilização, por parte de algum dos condóminos, tanto das coisas próprias como comuns (artigo 1425.º, n.º 2), claro está que, não cabendo a regulação do uso das partes comuns em nenhuma das exceções, não poderia caber, a deliberação, noutra sítio que não fosse a regra.

Para além disso, temos que ter novamente em atenção o n.º 2 do artigo 1425.º⁶¹¹. Se a lei não permite, excecionalmente, a realização de inovações capazes de prejudicar a utilização por parte de algum dos condóminos, tanto das coisas próprias como das comuns, se admitíssemos que a regulação da utilização de uma parte comum fosse uma inovação, seria quase impossível permitir que essa se fizesse em alguma circunstância, pois é inverosímil que se possa regular de alguma forma a utilização de uma coisa sem limitar, por pouco que seja, a possibilidade de utilização por parte de algum dos utilizadores.

O conceito de inovação, que fora do direito significa “...*introdução de uma mudança, de uma novidade em dado domínio...*”⁶¹², tem dado lugar a muitos juízos divergentes na doutrina estrangeira, dizem-nos Pires de Lima e Antunes Varela⁶¹³. Concretamente, explicam-nos que, para uns, como Ulpiano, inovação traduz-se numa alteração da forma ou da substância da coisa, o que implicaria necessariamente uma obra na coisa comum⁶¹⁴. Para outros, como Visco, inovação será toda e qualquer modificação na afetação ou no destino da coisa comum⁶¹⁵.

Na jurisprudência portuguesa, parece estável que no conceito de inovação cabem, para efeitos do n.º 2 do artigo 1425.º, “... *tanto as alterações introduzidas na substância e na forma da coisa, as modificações estabelecidas na afetação ou destino da coisa...*”, o que nos parece uma clara aproximação ao conceito de Visco⁶¹⁶.

⁶¹¹ Estabelece o n.º 7 do artigo 1425 que “*Nas partes comuns do edifício não são permitidas inovações capazes de prejudicar a utilização, por parte de algum dos condóminos, tanto das coisas próprias como comuns*”.

⁶¹² Cf. DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA CONTEMPORÂNEA II VOLUME – Academia das Ciências de Lisboa – VERBO, pág. 2111.

⁶¹³ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 434, 3ª nota ao artigo 1425.º.

⁶¹⁴ D. 39, 1, 1, 11 (*aut aedificando aut detrahendo pristinam faciem mutat*)

⁶¹⁵ Cf. VISCO, ANTÓNIO, *ob. cit.*, n.ºs. 137, 138 e 139.

⁶¹⁶ Cf., acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 10 de Novembro de 1989, n.º convencional JSTJ00028210, e mais recentemente, acórdão da Relação do Porto de 11 de Julho de 2012, n.º do documentos RP201207112720/05.4TBMTS.P1, resultando evidente, nesta ordem de ideias, que o entendimento de Visco é o seguido.

Estando assim estabilizado que, para que se preencha o conceito de inovação, não é absolutamente necessária a existência de uma obra, importa agora saber se qualquer regulação da utilização de uma parte comum constitui uma modificação na afetação ou no destino da coisa.

Se pensarmos no caso concreto de uma garagem, parte comum de um prédio constituído em propriedade horizontal, destinada ao estacionamento de todo o tipo de viaturas, até que ponto é que uma decisão de regulação de utilização da garagem por parte dos condóminos pode ou não ser uma alteração integrável no conceito de inovação. Se considerarmos ser uma inovação, e porque em abstrato a regulação vai limitar, pelo menos parcialmente, a utilização de cada condómino, a criação deste regulamento está vedada à assembleia de condóminos⁶¹⁷.

Ora, em nossa opinião, disciplinar a utilização de uma parte comum, sem impor qualquer outra alteração de comportamento que não a própria disciplina de uso, não integra uma alteração ao destino da coisa, que era e continua a ser estacionamento, nem à sua afetação, pois a coisa, para além de destinada a estacionamento, estava afetada a qualquer tipo de viaturas e, depois de disciplinado o seu uso por regulamento, continua afeta igualmente, a qualquer tipo de viatura.

Diferente seria a solução se a regulamentação alterasse o destino de estacionamento da coisa ou, mantendo esse destino limitasse, no entanto, a sua afetação a algum tipo de viatura, como por exemplo viaturas ligeiras ou motos. Neste segundo caso, por força do n.º 7 do artigo 1425.º, estaria esta possibilidade de inovação vedada à assembleia.

Por outro lado, aceitar que disciplinar o uso das partes comuns, só por si, representa uma inovação sem mais, poderia levar a situações absurdas e insolúveis, a exemplo, como parquear viaturas num condomínio de três frações onde existisse uma garagem comum que apenas permitisse o estacionamento de duas.

Atentas as regras da compropriedade, e tratando-se de uma coisa comum, seria lícito a qualquer dos condóminos fazer a utilização a que se destina a garagem com o único limite de não impedir igual utilização por parte dos outros⁶¹⁸. No entanto, se qualquer deles estacionar o seu carro nessa garagem, como facilmente se percebe, está a impedir que os outros dois, cumulativa e simultaneamente, possam também exercer

⁶¹⁷ Neste caso, e atento ao previsto no n.º 2 do artigo 1425.º, nem com o voto unânime de todos os condóminos se poderia aprovar inovações capazes de prejudicar a utilização das coisas por parte de algum dos condóminos.

⁶¹⁸ Cf. artigo 1406.º n.º 1.

esse direito de uso, o que, conseqüentemente e por impedir igual aproveitamento por parte dos outros, tornaria o normal uso da garagem juridicamente impossível e, como tal, proibido.

A única forma de ultrapassar um impasse desta natureza, e de permitir a maximização do uso por parte de todos os condóminos, seria uma regulação da utilização dessa mesma garagem por turnos ou por período de tempo, não obstante isso limitar, no período em que o uso era destinado aos outros condóminos, a utilização, por parte daquele que ficava, temporariamente, de fora. No entanto, vendo os períodos de uso que teria, sairiam, ele e os outros condóminos, beneficiados uma vez que, assim, seria possível alguma utilização, ainda que limitada, a cada um deles e, sem esta solução, como vimos, a utilização estaria, legalmente, vedada a todos.

Igual questão se levantaria se no condomínio existisse uma garagem comum com capacidade para albergar viaturas de todos os condóminos. Neste caso, o local onde cada um aparcaria a sua viatura, ou mesmo o número de viaturas que cada um pudesse aparcar, iria depender da disponibilidade de espaço existente em cada momento e, naturalmente, da localização dos lugares existentes em cada momento também. Obviamente que uma situação destas, na qual é impossível prever abusos e desequilíbrios entre condóminos, seria fatalmente geradora de conflitos, os quais, estando os condóminos entre si condenados a relações permanentes de vizinhança, são de todo indesejáveis.

No entanto, no reverso da medalha, e considerando-se, como consideramos, que a regulação do uso de uma parte comum não é considerada uma inovação, poderia estar também aberta a porta para, em sede de assembleia da condóminos, se criarem ditaduras da maioria⁶¹⁹.

Atentos aos dois exemplos referidos *supra* poderia acontecer que, no primeiro, estando na assembleia de condóminos presentes os três condóminos, dois deles, contra o voto do terceiro, poderiam disciplinar o uso dos dois aparcamentos da garagem, de forma que o vencido só a pudesse usar em horários inconvenientes ou que não lhe permitissem retirar qualquer utilidade da possibilidade de uso da parte comum⁶²⁰.

⁶¹⁹ Ou regulamentação, como veremos no ponto seguinte.

⁶²⁰ Nunca existiria, no entanto, a possibilidade de se excluir em absoluto o uso por parte de um dos condóminos pois, neste caso, e em relação a este condómino, o fim e a afetação da parte comum seria necessariamente modificado excluindo-se esse condómino do destino da coisa.

Da mesma maneira, e atento agora ao segundo exemplo, poderia também na garagem, suficientemente ampla para aparcar viaturas de todos os condóminos, através de regulação, ser atribuídos pela maioria, em assembleia de condóminos, lugares melhor posicionados e de mais fácil acesso e manobra, a alguns formadores da maioria, impondo-se os “piores lugares” a condóminos que votassem vencidos.

Este tipo de imposições da maioria – que poderiam deitar por terra a razoabilidade da defesa da tese de que a regulação de uso das partes comuns pode não constituir inovação – pode ser gerador de conflitos merecedores de tutela judicial.

A solução mais adequada para a solução destes conflitos – uma vez que a razoabilidade na regulação da utilização de uma parte comum é algo que a lei não pode prever, antecipadamente e de uma forma geral e abstrata, pois só pode ser medida em função da realidade e necessidades particulares da vida de cada um dos condóminos, realidade e necessidades essas que variam de caso para caso – tem que estar para além da própria lei.

Posto isto, no nosso entendimento, a forma mais correta de resolução deste tipo de conflitos seria o recurso à equidade, tal como vem previsto no artigo 4.º. No entanto, este artigo só permite o recurso à equidade “...quando haja disposição legal que o permita...”, “...quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível...” ou “...quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória...”. Assim, ou o próprio título constitutivo, o que é raro, ou um acordo posterior, por exemplo em sede de regulamento, estabelece a possibilidade do recurso à equidade ou, o que ainda é mais inverosímil dada a natureza do conflito, as partes já em conflito aceitam o recurso a essa figura jurídica.

A possibilidade de disposição legal que consagre, nestes casos, o recurso à equidade, ainda não foi uma opção do nosso legislador, sendo a nosso ver uma questão pertinente e merecedora de reflexão construtiva, estando assim, por ora, o recurso oficioso a este instrumento vedado ao juiz.

No entanto, e no caso concreto, pode ainda o juiz, chamado a pronunciar-se sobre uma regulamentação desta natureza – impedido ao recurso à equidade que lhe permitiria construir, a partir da situação concreta, a melhor solução para a regulação do uso da coisa comum, tendo em conta os diferentes interesses e necessidades concretas dos diferentes condóminos –, através da figura jurídica do *abuso do*

*direito*⁶²¹, de conhecimento officioso, limitar a solução que é trazida pela assembleia acautelando assim, tendo por base os limites da boa-fé, os interesses daqueles que hajam sido, infundadamente, prejudicados pela regulação das coisas comuns aprovada pela assembleia de condóminos.

Em conclusão, a utilização das partes comuns do edifício, não alterando nem o seu destino, nem a sua afetação, pode ser deliberado por assembleia de condóminos convocada para o efeito, desde que obtenha uma maioria dos votos e representativa de pelo menos metade do capital total do prédio. Essa deliberação pode, no entanto, ser judicialmente reduzida ou anulada, peticionado por qualquer condómino e tendo em conta a razoabilidade da situação concreta, com base na figura do abuso do direito.

1.2.2. Dever de elaboração de um regulamento do condomínio

O artigo 1429.º-A, n.º 1, estabelece que “...*havendo mais de quatro condóminos e caso não faça parte do título constitutivo, deve ser elaborado um regulamento do condomínio disciplinando o uso, a fruição e a conservação das partes comuns...*”⁶²². Não nos podemos aqui esquecer que, a possibilidade que a lei cria de elaboração de regulamentos, seja a que nível for, é uma porta aberta a que os destinatários da norma, e no âmbito da sua autonomia privada, não se obriguem apenas, entre eles, originando direitos subjetivos, mas também modelem, de forma indireta, o próprio direito objetivo⁶²³.

A primeira questão que a leitura desta norma nos levanta é saber quando é que o regulamento é obrigatório, quando não é, e até se existirão circunstâncias em que esteja vedada a elaboração do regulamento.

Em primeiro lugar, temos que saber se a existência de um regulamento de condomínio no título constitutivo, é motivo suficiente para a norma em causa não ter aplicação. A existência de um regulamento criado nos termos do artigo 1418.º, n.º 2, b) pode, por o mesmo fazer parte do título constitutivo, tornar não obrigatória a criação do mesmo. No entanto, atento ao objeto da disciplina desse regulamento

⁶²¹ Artigoº 334.º – “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.”

⁶²² Esta norma não costa na regulamentação original do instituto, tendo sido adicionada pelo Decreto-Lei n.º 267/94.

⁶²³ Cf. CARVALHO, ORLANDO DE, «Teoria Geral da Relação Jurídica. Seu sentido e limites», in *RDES*, ano XVI, 1969, pág. 55.

original, caso este só se debruce sobre o uso, fruição e conservação das frações autónomas, em nada afasta o espírito da obrigatoriedade de elaboração de regulamento destinado a disciplinar o uso, fruição e conservação das partes comuns.⁶²⁴ Assim, num condomínio com mais de quatro condóminos, só inexiste a obrigação de criar um regulamento do condomínio quando, do título constitutivo, conste regulamento destinado a disciplinar o uso, a fruição e a conservação das partes comuns.

Em segundo lugar, é de notar que na delimitação das situações em que é obrigatória a elaboração do regulamento o legislador estabeleceu que, esta obrigatoriedade, se cingia a condomínios com mais de quatro condóminos e não com mais de quatro frações. Sandra Passinhas entende que “...se duas frações pertencem ao mesmo condómino contam-se como uma só unidade, e havendo vários comproprietários de uma só fração devem contar-se como uma só pessoa...”.⁶²⁵ Tratar-se-ia de uma relevância de coexistência de várias esferas subjetivas sobre as frações autónomas.⁶²⁶

Aceitar esta interpretação, e ainda que o regulamento não perdesse a sua vigência caso, por sucessão ou concentração, num mesmo condómino, várias frações se tornem propriedade do mesmo titular, não nos parece que esta seja a solução mais adequada. É certo que o legislador se referiu a condóminos e não a frações, mas, existindo num condomínio, mais do que quatro frações, estamos potencialmente na iminência de ter mais de quatro condóminos. Da mesma forma que não se aceita que, reduzido o número de condóminos, anteriormente existente, para um número inferior a cinco, perdesse vigência o regulamento, também não deve ser de aceitar que não existindo, concretamente, mais de quatro condóminos, mas existindo mais de quatro frações, o potencial número de condóminos também é ele superior a quatro e deverá ser esta norma de aplicação imperativa.

⁶²⁴ Se atentarmos ao texto da alínea b) do n.º 2 do artigo n.º 1418.º - “...além das especificações constantes no número anterior, o título constitutivo pode ainda conter, designadamente... regulamento do condomínio, disciplinando o uso, fruição e conservação, quer das partes comuns, quer das frações autónomas...” – o que torna claro que esta norma, de carácter facultativo dispositivo, permite a quem cria o título constitutivo que nele não insira regulamento do condomínio ou, caso entenda inserir, podendo este disciplinar a atuação nas frações autónomas e nas partes comuns ou apenas nas frações autónomas ou nas partes comuns. Caso o regulamento inserido no título só discipline a atuação nas frações autónomas, nenhuma regulação de atuação nas partes comuns existe que esvazie o sentido da obrigatoriedade colocada pelo legislador na norma do artigo 1429.º-A, n.º 1.

⁶²⁵ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 80.

⁶²⁶ No mesmo sentido, no Direito italiano, FRAGALI, MICHELE, *La Comunione, Trattato di Diritto Civile e Commerciale a cura di Cicu et Messieno vol.III, t. I*, Dott. A.Giuffrè, Milão, 1973, pág. 458.

Aragão Seia, cujo entendimento vai no sentido de “...*que, o que conta, é o número de condôminos e não o de frações...*”, justifica a sua posição suportando que o que se pretendeu com a norma foi “...*disciplinar as relações entre os condôminos de um prédio, quando sejam cinco ou mais, partindo do pressuposto que, para além desse número, as relações são mais difíceis de estabelecer entre eles não havendo regras que as pautem...*”.⁶²⁷

Concordando no essencial com a justificação apresentada por este autor, não podemos, no entanto, concordar com a solução encontrada. Atenta a natureza deste regulamento, que estabelece regras relativas às partes comuns (regras como horários da portaria, tempos de espera na abertura da garagem, elevadores que podem ser usados para transportar animais de estimação, etc.), verificamos que muito mais importante do que o número de condôminos, é o número de utilizadores das frações. Se um condômino for titular de dez frações, e as tiver todas arrendadas a diferentes inquilinos, é entre este elevado número de inquilinos que mais difíceis serão de estabelecer relações não havendo regras que as pautem. Parece-nos também que este sentimento terá levado o legislador, no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, a estabelecer que “...*o administrador, ou quem a título provisório desempenhe as funções deste, deve facultar cópia do regulamento aos terceiros titulares de direitos relativos às frações...*”.

Pensamos então que a delimitação de cinco ou mais condôminos, deve ser avaliada não em concreto, através do número efetivo de condôminos que, em cada momento, possam existir, mas sim pelo número de condôminos em potencial, por si ou através de terceiros, e a qualquer título, venham a necessitar da regulação das partes comuns, o que, em última análise, deverá corresponder ao número de frações.

Obviamente que o número de frações não é absoluto, pois, como vimos, a lei permite a junção de frações. Nesse caso, se com junções o número de frações que anteriormente era superior, passar a ser igual ou menor que quatro, entendemos que o regulamento que vigorasse, não deixaria de vigorar, mas a sua natureza obrigatória transformar-se-ia em facultativa e era legítimo, aos condôminos, revogarem o regulamento⁶²⁸, salvo se o condômino que juntou as frações tenha reservado o direito de as voltar a dividir.⁶²⁹

⁶²⁷ SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 150.

⁶²⁸ Poder-se-ia questionar se só seria legítimo aos condôminos ou se também poderia a revogação resultar de um ato do administrador. Se, no que diz respeito a um regulamento aprovado pela

Preenchido, então, o requisito do número de condóminos previsto no artigo 1429.º-A, e sendo obrigatória a elaboração do regulamento, cabe-nos agora identificar quem está obrigado à elaboração, e quais as consequências jurídicas da falta dela, bem como se processa a compatibilidade entre os dois regulamentos, no caso de estes coexistirem.

O facto de existir um regulamento inserido no título constitutivo, mesmo regulador da atuação sobre as partes comuns, não impede que exista necessidade de disciplinar coisas em que o primeiro é omissivo. Para além disso não deixa de ser pertinente avaliar até que ponto poderá o novo regulamento contrariar o primeiro. Para isso, temos que ter em conta que, por um lado, a criação de um regulamento do condomínio, fora do título constitutivo, se destina a agilizar a gestão e funcionamento do mesmo, o que aconselharia a uma fácil adaptação a realidades mutáveis e transitórias, e, por outro lado, a formalidade e maioria exigidas para a alteração do título constitutivo aconselharia a que esse não pudesse ser, por um documento formal e substancialmente menos exigente, afastado.⁶³⁰ Sandra Passinhas, para solucionar esta questão, propõe-nos uma interpretação restritiva do artigo n.º 1419.º, n.º 1, sugerindo que “...se o regulamento inserido no título constitutivo contiver cláusulas que disciplinem estas matérias, pode ser alterado, neste âmbito restrito, por maioria...”.⁶³¹ Para ilustrar a sua proposta, exemplifica que “...pode ser alterada por maioria a deliberação que fixa o horário de utilização da piscina, ainda que contida no título constitutivo...”.

O exemplo que nos é apresentado, desde logo parece-nos o típico caso de matéria que deve ser inserida num regulamento fácil de se adaptar a alterações de circunstâncias reais o que aconselha que possa ser alterado com simplicidade, o que nos faria inclinar no sentido que a autora propõe. No entanto, se assim o fizéssemos, estaríamos a esvaziar de sentido a possibilidade prevista pela lei de existir um regulamento, inserido no título constitutivo, que disciplina a atuação nas partes comuns. O estranho aqui, centrando-nos por momentos no exemplo concreto, seria o próprio título constitutivo conter um regulamento a estabelecer as horas de acesso à piscina. Se o espírito da norma permitisse que esta disposição fosse alterada pela

assembleia não se perceberia que o mesmo pudesse ser revogado pelo administrador, já entendemos que se tiver partido da sua própria iniciativa, nada o impede, nessas concretas circunstâncias, de o revogar.

⁶²⁹ Cf. Capítulo III, 1.3.

⁶³⁰ Cf. artigo n.º 1419.º.

⁶³¹ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 72.

maioria dos condóminos, não faria sentido este regulamento poder, expressamente, regular essas situações.

Perante esta realidade propomos, não a interpretação restritiva do artigo 1419.º, mas sim, partindo da interpretação declarativa do mesmo, conjugada com os poderes de administração das partes comuns conferidos, pelos artigos 1430.º e seguintes, à assembleia de condóminos e ao administrados, estes possam, no âmbito dos seus poderes, adaptar as regras do regulamento original às circunstâncias concretas. Não pode, em nossa opinião, qualquer deliberação posterior, que não aprovada pela unanimidade dos condóminos, revogar ou contrariar a original⁶³². Não está, no entanto, fechada a porta para que ambos os órgãos possam, através de normas especiais, excepcionais ou mesmo do desenvolvimento específico das constantes do original, disciplinar a atuação sobre as partes comuns⁶³³.

No exemplo que nos foi anteriormente apresentado, a pré-existência de um regulamento que fixe o horário de utilização da piscina, pode claramente permitir que, por necessidade excepcional de tratamento da água, de realidades concretas ligadas às especificidades das diferentes estações do ano, ou até de variações de fluxo de utilização não expetáveis, se proceda a uma adaptação transitória ou circunstancial do horário, que não determina uma alteração permanente do horário base, mas prevê circunstâncias em que o mesmo não é taxativamente aplicado.

Desde que se considere então que estamos apenas a criar regulações especiais ou excepcionais, não é, especificamente, exigida uma maioria superior à simples, salvo se o mesmo for imposto para a deliberação da situação em concreto, independentemente da previsão ou não, em regulamento constante do título constitutivo.

Outra questão pertinente que se coloca é se o regulamento pode ir para além do que a lei determina, ou seja poderá ultrapassar a regulação, não exaustiva, do uso, fruição e conservação das partes comuns, por força do n.º 2, b), do artigo n.º 1418.º, a regulação, facultativa, da desconformidade da proporção das responsabilidades pelas despesas relativas ao pagamento de serviços de interesse comum em relação ao valor de cada fração, por força do n.º 2 do artigo 1424.º e a regulação, obrigatória, do exercício das funções de administração na falta ou

⁶³² No mesmo sentido, SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 49.

⁶³³ No mesmo sentido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1997, n.º convencional JSTJ00033046.

impedimento do administrador ou de quem, a título provisório, desempenhe as funções deste. Efetivamente, o que restaria, para além destes temas, para constar de um regulamento de condomínio seria apenas a regulação da atuação dos condóminos nas próprias frações, como possibilita a lei em sede de título constitutivo.

Na realidade, não obstante ambos se chamarem regulamentos, têm no entanto conteúdos de natureza consideravelmente diferente. Se o regulamento previsto no artigo 1429.º-A é um mero instrumento da gestão das partes comuns do edifício, não tendo limites positivos mas apenas negativos e estando assim aberta, às partes, inserirem nele todas as disposições que não lhes estejam vedadas por lei, o constante no título constitutivo é, objetivamente, um instrumento modelador da própria propriedade horizontal, o instrumento de definição do estatuto que cada condómino tem, não só em relação às partes comuns, como também às próprias frações autónomas, individualmente consideradas⁶³⁴. Perante isto, não nos parece aceitável que o regulamento não integrante do título constitutivo tenha qualquer regulação de atuação dos condóminos sobre as frações autónomas, por as mesmas estarem exclusivamente confinadas à lei e ao título constitutivo, cuja modificação está sujeita a unanimidade e forma legal⁶³⁵.

Nos termos do n.º 2 do artigo 1429.º-A a feitura do regulamento caberá ao administrador do condomínio, salvo se a assembleia de condóminos já o tiver elaborado. Disto resulta que o regulamento elaborado pelo administrador do condomínio pode ser livremente alterado pela assembleia, não podendo, no entanto o contrário acontecer. No entanto, esta possibilidade aberta ao administrador tem como limites de conteúdo a regulamentação do uso, fruição e conservação das partes comuns e as funções de administração na falta ou impedimento do administrador ou de quem desempenhasse as suas funções. Todas as outras matérias legalmente admissíveis, e nesse caso exclusivamente, bem como nestas, se assim entender, também, tem, a assembleia, poderes de regulação plenos.

Se é certo que, para a generalidade das decisões, onde se inclui regulamentar o exercício das funções da administração nas faltas ou impedimento do administrador ou de quem a título provisório desempenhar as funções deste, nos termos do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, basta a sua aprovação por maioria simples; sendo que a regulamentação do contributo para as despesas relativas ao

⁶³⁴ No mesmo sentido, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 73 e seguintes.

⁶³⁵ Cf. artigo n.º 1419.º.

pagamento de serviços de interesse comum ficarem a cargo dos condóminos em partes iguais ou em proporção à respetiva fruição, desde que justificados os critérios que determinem a sua imputação, depende de deliberação aprovada sem oposição, e por maioria representativa de dois terços do valor total do prédio.

Por fim, e no que diz respeito a este regulamento, falta verificar qual a consequência da sua não elaboração no caso de o prédio ter cinco ou mais frações. Não nos parece de todo pertinente que, na falta de regulamento, o mesmo fosse elaborado por um juiz, pois dando a exclusividade de elaboração à assembleia e, subsidiariamente, ao administrador, está a limitar a estes dois intervenientes a sua criação, excluindo assim o poder judicial. No entanto, esta exclusão não torna a norma imperfeita e desprovida de coercividade. Caso a assembleia e o administrador, estando a isso obrigado, não elaborem o regulamento, é legítimo a qualquer dos condóminos requerer a sua exoneração à assembleia, no termos do n.º 1 do artigo 1435.º, ou mesmo, por a omissão de elaboração do regulamento ser a prática de uma irregularidade, ao tribunal, no termos do n.º 3 do mesmo artigo. A atuação do juiz, a requerimento de qualquer condómino, está limitada à anulação de um regulamento ilegal ou, no caso de isso ser requerido, à exoneração do administrador, e, no limite, à nomeação de um⁶³⁶.

1.3. Direito de participar na administração do condomínio

1.3.1. Preliminar

A questão da administração de um condómino, ou melhor, da administração das partes comuns de um condomínio, não é indissociável do reconhecimento ou não de personalidade jurídica a essa figura⁶³⁷. Para que se lhe fosse reconhecida a personalidade jurídica, teríamos, inevitavelmente, que considerar que o condomínio era, em si mesmo, uma pessoa coletiva, o que, como atrás vimos, não é a nossa opinião⁶³⁸.

⁶³⁶ Cf. artigo 1435.º, n.º 2.

⁶³⁷ Segundo o pensamento de Sandra Passinhas – PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 175 –, nunca foi defendido em Portugal que o condomínio tivesse personalidade jurídica.

⁶³⁸ Esta perspetiva, de carácter societário, de cariz anglo-saxónico, já foi por nós afastada em sede de análise da natureza jurídica da propriedade horizontal, cf. Capítulo I, 2.

Mesmo não tendo personalidade jurídica, e atenta à funcionalidade que se pretende do mesmo, tem sido entendido que não obstante a falta desta, o condomínio não deixa de ser, ele próprio e autonomamente, um sujeito de direito ou, até, um ente jurídico.

Em relação a sujeito de direito, entende Sandra Passinhas que o condomínio é uma coletividade organizada de condóminos, e, conseqüentemente, “...as coletividades organizadas não são reconhecidas como pessoas jurídicas, mas como centro autónomo de imputação de relações jurídicas...”.⁶³⁹ Assim, no seu entendimento, “...devemos admitir a coexistência, no âmbito dos grupos organizados, de sujeitos de direito que não são pessoas jurídicas e de sujeitos de direito que são pessoas jurídicas: a primeira é uma categoria de carácter geral, a outra constitui, dentro desta categoria, uma subespécie distinta pela ocorrência de elementos diferenciadores...”.⁶⁴⁰ Nesta visão, partindo do pressuposto de que a personalidade jurídica é uma criação do direito objetivo para atribuir faculdades e direitos subjetivos a sujeitos, o condomínio não mais seria do que um sujeito de facto ao qual o direito não tinha logrado atribuir essas faculdades e direitos subjetivos, uma espécie de ser jurídico híbrido, entre o sujeito pleno e o não sujeito⁶⁴¹.

Em relação a ente jurídico, entendeu Armindo Ribeiro Mendes que “...o conjunto dos condóminos forma o substrato pessoal de um ente não personalizado de mera gestão das partes comuns... ...estamos perante um ente de facto que tem como órgãos a assembleia de condóminos e o administrador...”⁶⁴². Na realidade, aqui não se consegue vislumbrar uma clara diferença entre “ente” e “pessoa”, o que nos leva a concluir que, não aceitando a personalidade jurídica do condomínio, esta solução não seria diferente da anterior, de sujeito de direito.

Seguindo de perto, nesta fase, Orlando de Carvalho, não podemos, de modo algum, aceitar que a personalidade jurídica seja uma criação do direito⁶⁴³. A

⁶³⁹ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 178.

⁶⁴⁰ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 180.

⁶⁴¹ Cf. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I* (2ª edição), Lex, Lisboa, 1995, pág. 72.

⁶⁴² Cf. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 69.

⁶⁴³ CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil* (3ª Edição), Coimbra Editora, Coimbra, 2012(b), pág. 190, onde refere “...é porque o homem é pessoa – pessoa humana – que ele se reconhece como pessoa em sentido jurídico e, logo, como sujeito para o Direito. A personalidade humana é, portanto, um prius da personalidade jurídica do homem. Prius lógico ... embora não prius cronológico...” “...significa que a personalidade humana suporta a personalidade jurídica, ou melhor, que a personalidade jurídica não é algo que subsista por si mesmo, mas que subsiste porque existe a personalidade humana. O que implica a recusa de um normativismo que faz do Direito o

personalidade jurídica da pessoa humana é a ela inerente e indissociável. Não obstante isso, a lei atribuiu, formalmente, personalidade jurídica a entidades ou organizações que ultrapassam, em número ou património, a própria pessoa humana. Essas “*outras personalidades jurídicas*”, como nos ensina Orlando de Carvalho, “...*são meramente analógicas e instrumentais...*”⁶⁴⁴, e não mais serão do que, agora nas palavras de Mota Pinto, “...*organizações constituídas por uma coletividade de pessoas ou por uma massa de bens, dirigidos à realização de interesses comuns ou coletivos, às quais a ordem jurídica atribui personalidade jurídica...*”⁶⁴⁵. Na definição conciliadora de Heinrich Ewald Hörster, para perspetivar o fenómeno das pessoas coletivas, estas “...*são organizações, criadas com vista à realização de um fim, sendo tratadas pela ordem jurídica como sujeitos de direito com uma vontade autónoma...*”.

646

Esta última definição, com a qual concordamos em absoluto, fecha a porta, pelo menos numa primeira análise, à possibilidade de existência de sujeitos de direito desprovidos de personalidade jurídica, sendo apenas sujeitos jurídicos os sujeitos humanos, cuja personalidade lhes é inerente, ou as universalidades de pessoas ou património, mediante a atribuição, por analogia e tendo sempre por referência as personalidades humanas que estão na sua base, de personalidade jurídica, pela lei.

Neste ponto, e suspendendo por breves instantes a análise da situação concreta do condomínio, poderia aparentar, com esta definição, que as associações sem personalidade jurídica, previstas nos artigos 195.º e seguintes, careciam de existência jurídica, o que colidia com as próprias previsões legais. Na realidade estas associações não mais são do que a soma das vontades de todos os seus associados que, organizada segundo regras acordadas, ou regras emprestadas das pessoas coletivas, permite que ajam, quer nas relações internas, quer nas relações externas, como sujeitos diferentes dos associados. A própria lei, através mesmo da Constituição, ao permitir a liberdade de associação no seu artigo 46.⁶⁴⁷, está a dar

criador da personalidade jurídica ex nihilo, que faz da personalidade jurídica uma pura criação do Direito...”.

⁶⁴⁴ CARVALHO, ORLANDO DE, *ob. cit.*, 2012(b), pág. 191.

⁶⁴⁵ PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *ob. cit.*, 1994, pág. 267.

⁶⁴⁶ HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *ob. cit.*, pág. 362.

⁶⁴⁷ Estabelece o n.º 1 do artigo 46.º da Constituição da República Portuguesa que “...os cidadãos têm o direito de, livremente e sem dependência de qualquer autorização, constituir associações, desde que estas não se destinem a promover a violência e os respetivos fins não sejam contrários à lei penal...”, e o n.º 2 que “...as associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades

autonomia jurídica à entidade criada, e parece-nos inegável que a mesma tenha direitos de personalidade protegidos por lei como a proteção ao nome prevista no artigo 72.^{o648}. Assim, pelo menos no caso das associações sem personalidade jurídica, a existência de entidades titulares de direitos e obrigações e sem personalidade jurídica, consiste na existência de um sujeito de direito, a meio caminho, entre o sujeito singular, com personalidade jurídica própria, e entre a pessoa coletiva, com personalidade jurídica atribuída, que não tendo personalidade jurídica própria atua como tal, tendo por base a personalidade jurídica conjunta dos seus associados, para os fins concretos a que se destina.

Voltando agora ao condomínio, não nos podemos esquecer que esta espécie de associação entre condóminos, não é um ato de vontade deles, mas sim, uma consequência imposta pelo facto de serem titulares de frações de um mesmo prédio, constituído em propriedade horizontal, onde existem também, necessariamente, partes comuns detidas, por todos, em compropriedade.

A própria compropriedade, prevista nos artigos 1403.^o e seguintes, estabelece regras para a administração da coisa comum remetendo, com as necessárias adaptações, para a administração das sociedades. Com isto não pretende a lei, a nosso ver, criar um sujeito de direito, desprovido de personalidade jurídica, para administrar a coisa. O que pretende é, perante uma coisa que seria, no caso da propriedade plena, administrado por um sujeito provido de personalidade jurídica, fruto da comunhão do direito por dois ou mais sujeitos, providos das suas personalidades jurídicas, permitir estabelecer regras de organização dos dois ou mais sujeitos para, com base nas suas personalidades jurídicas, criarem decisões que afetem a coisa como se de um só se tratasse. Estamos então, em sede da administração da coisa comum, perante, não um sujeito sem personalidade jurídica, mas sim uma organização de sujeitos dotados de personalidade individual.

No condomínio, inerente à existência de propriedade horizontal, a administração das partes comuns também obriga a que se crie uma organização de formação da vontade comum que não é, necessariamente, coincidente com a vontade individual de cada um dos condóminos.

públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas atividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial...”.

⁶⁴⁸ Cf. HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *ob. cit.*, pág. 409.

Podemos então concluir que o condomínio, não sendo uma pessoa coletiva, não chega também a ser um sujeito de direito desprovido de personalidade jurídica. É então uma organização de formação de vontade que, em todos os momentos e nos termos da lei, reflete a vontade comum dos condóminos, formada e transmitida nos termos do estatuto do seu direito. Cada decisão da assembleia de condóminos ou do administrador, nos termos do estatuto, não mais é do que a vontade conjunta, organizada, de todos, a que todos estão vinculados como sua, independentemente da vontade originária de cada um, individualmente expressada⁶⁴⁹. Assim, administração das partes comuns de um condomínio, será a forma de formação, transmissão e representação da vontade conjunta que, nos termos da lei, é realizada através da assembleia de condóminos e do administrador de condomínio que, seguidamente, iremos individualmente tratar⁶⁵⁰.

1.3.2. A assembleia de condóminos

A assembleia de condóminos, no edifício constituído em propriedade horizontal, é o órgão colegial, supremo por natureza, constituído pelo universo dos proprietários das frações autónomas⁶⁵¹, onde cada um deles tem tantos votos quantas as unidades inteiras que couberem na percentagem ou permissão do valor total do prédio,⁶⁵² tendo regras próprias quanto à convocatória, ao quórum deliberativo, à publicidade das suas decisões e, por último, quanto à invalidade das mesmas.

⁶⁴⁹ No mesmo sentido, na perspectiva do negócio unilateral, TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral* (4ª edição-reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 22. Em sentido contrário, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 175, entende que “...se é verdade que o condomínio não é uma pessoa coletiva, também é verdade que recolhe ou empresta das pessoas coletivas alguns instrumentos, e age, quer nas relações externas quer nas internas, como sujeito diferente dos condóminos...”.

⁶⁵⁰ Cf. artigo 1430.º, n.º1.

⁶⁵¹ Ou por procurador que os represente, cf. artigo n.º 1431.º, n.º 3.

⁶⁵² Cf. artigo 1430.º, n.º2.

1.3.2.1. Convocatória

Estabelece o artigo 1431.º que a assembleia reunirá, ordinariamente, pelo menos, uma vez por ano, na primeira quinzena de janeiro⁶⁵³ – mediante convocação do administrador, para aprovação das contas respeitantes ao último ano e a aprovação do orçamento das despesas a efetuar durante o ano⁶⁵⁴ – e, extraordinariamente, sempre que for convocada pelo administrador, por vontade própria ou exigida por qualquer condômino para revogação de deliberações inválidas ou ineficazes da última assembleia⁶⁵⁵, ou por condôminos que representem, pelo menos, vinte e cinco por cento do capital investido⁶⁵⁶, ou ainda bastando um condômino, para recurso de um ato do administrador⁶⁵⁷.

Quanto à forma que deve observar a convocatória, o artigo 1423.º n.º 1 determina que a mesma deve ser feita por meio de carta registada, enviada com dez dias de antecedência em relação à assembleia⁶⁵⁸, ou mediante aviso convocatório feito com a mesma antecedência, desde que haja recibo de receção assinado pelos condôminos. A lei não determina, taxativamente, a quem compete o envio material da convocatória quando esta parte da iniciativa de um ou mais condôminos. Nada nos parece impedir que o envio das cartas seja feito por um condômino, mas também não nos parece que, em face da norma do artigo 1436, a)⁶⁵⁹, possa o administrador, legalmente, abster-se de efetuar a convocatória, no caso de a mesma ser requerida pelo número exigido de condôminos, ainda que seja para recorrer de um ato dele⁶⁶⁰. A forma estabelecida não nos parece ter caráter supletivo, pois a lei elege, claramente, duas formas alternativas. No entanto, o incumprimento da mesma, será convalidado

⁶⁵³ A periodicidade da assembleia ordinária cair na primeira quinzena de janeiro não nos parece de caráter imperativo, podendo o título constitutivo estabelecer um período, certo ou incerto, diferente. No mesmo sentido, LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 445. Para MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 133, não só pode conter uma altura diferente o título constitutivo, bem como pode resultar de um acordo unânime dos condôminos.

⁶⁵⁴ Cf. artigo 1431.º, n.º1.

⁶⁵⁵ Cf. artigo 1433.º, n.º2.

⁶⁵⁶ Cf. artigo 1432.º, n.º2.

⁶⁵⁷ Cf. artigo 1438.

⁶⁵⁸ Estes dez dias, tal como resulta da norma, contam-se desde a data do envio e na da receção por parte dos condôminos destinatários. No mesmo sentido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 15 de junho de 2004, n.º do documento SJ200406150019666.

⁶⁵⁹ Estabelece esta norma que “...são funções do administrador, além de outras que lhe sejam atribuídas pela assembleia... ...convocar a assembleia de condôminos...”.

⁶⁶⁰ A própria imputação dos custos da convocatória ao condomínio sai facilitada se o ato material de convocatória for efetuado pelo administrador.

com a presença de todos os condóminos e, em relação aos presentes, não poderá ser motivo de anulação.

Nos termos do n.º 2 do artigo 1432.º, a convocatória deverá conter a data, dia e hora, e o local da reunião, bem como a respetiva ordem de trabalhos não deixando de informar sobre os assuntos cujas deliberações só podem ser aprovadas pela unanimidade dos votos. A exigência da ordem de trabalhos foi adicionada a esta norma na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de outubro, mas já antes existia o entendimento de que a ordem de trabalhos teria de a integrar, por aplicação do princípio geral constante da norma, destinada à convocação de assembleias gerais de associações, constante do artigo 174.⁶⁶¹. Mesmo antes desta alteração legislativa, já as deliberações tomadas sobre matérias não constantes na convocatória, eram anuláveis, por serem irregulares⁶⁶².

No que diz respeito ao local no qual se realizará a assembleia, não parece a lei estabelecer qualquer limitação, podendo, à partida, a mesma acontecer no edifício ou fora dele. Henrique Mesquita, analisando este problema, entendia, no entanto, que “...o mais indicado será, em princípio, o edifício do condomínio, mas poderá ser escolhido outro, desde que não se proceda abusivamente, com o fim de impedir ou dificultar a comparecência de algum ou alguns condóminos...”⁶⁶³. Concordando com a intenção do autor, entendemos que, no entanto, a sua interpretação não foi suficientemente restritiva. Ao limitar, a liberdade de escolha do local, a um procedimento abusivo parece induzir que só se quem convoca agir com dolo, se pode considerar irregular, um local que dificulte a presença de algum ou alguns condóminos. O objetivo da lei, nas exigências de formalidades da convocatória, na possibilidade de funcionamento em segunda convocatória, que adiante atentaremos, e nas maiorias exigidas para muitas deliberações, é claramente o de favorecer a presença e o conhecimento, o mais plural possível de todos os condóminos, logo, não deve a lei apenas limitar a eventual e intencional possibilidade de ser obstaculizado o acesso de qualquer condómino à assembleia, mas deve impedir que a escolha do local limite, ainda que sem intenção, o acesso de condóminos. O nosso entendimento vai no

⁶⁶¹ Estabelece o artigo 174.º, n.º 1, que “...a assembleia geral é convocada por meio de aviso postal; ...no aviso indicar-se-á o dia, hora e local da reunião e a respetiva ordem do dia...”.

⁶⁶² Cf. XAVIER, VASCO DA GAMA LOBO, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas* (reimpresso), Almedina, Coimbra, 1998, pág. 446.

⁶⁶³ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 134.

sentido de a escolha do local ser livre, desde que não dificulte, em abstrato⁶⁶⁴, de uma forma considerável, o acesso de nenhum condômino. Há no entanto, atenta a atual tendência legislativa de combate à discriminação das pessoas com incapacidades físicas, com especial atenção às alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2012, de 14 de agosto, ao artigo 1425.º, uma condicionante que obriga a que o local não impeça ou dificulte o acesso de pessoas com mobilidade física reduzida, no caso de algum dos condôminos se encontrar nessa situação.⁶⁶⁵ Se, por exemplo, a sala de condomínio for num local de acesso exclusivo por escadas, no caso de existir um condômino que se desloque em cadeira de rodas, não será esse local apto para a realização da assembleia.

Na referência que a norma faz à data, dia e hora, para além da limitação de ter que ser, no caso da assembleia ordinária, na primeira quinzena de janeiro ou em outro período regularmente determinado, também aqui, não estabelece a lei qualquer outra limitação. No entanto, e à semelhança do referido quanto à liberdade de escolha do local, o dia e hora, devem, tanto quanto possível, permitir a participação ordinária de todos os condôminos, tendo especial atenção ao horário de descanso habitual e ao horário de trabalho da generalidade dos membros da assembleia.

No dia, hora e local em que esteja convocada a assembleia inicia-se desde que estejam presentes o número de condôminos representantes do capital mínimo para as deliberações gerais, ou seja, terão que estar presentes condôminos detentores de maioria de votos representativos do capital investido.⁶⁶⁶

Caso a assembleia não tenha, em data e local da convocatória, quórum constitutivo, a previsão original da norma, que previa a convocação de nova reunião dentro dos dez dias imediatos, foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de outubro, passando agora a existir duas possibilidades: a de, desde logo, constar da

⁶⁶⁴ A referência a “*em abstrato*” baseia-se num critério de proporcionalidade. Por exemplo, se, em virtude de uma medida de coação em procedimento criminal, um dos condôminos estiver sujeito a obrigatoriedade de permanência na habitação, obviamente que qualquer local, que não a sua residência, impediria, formalmente, a sua presença. No entanto, ser este um fator condicionador da escolha do local, tornaria a assembleia impossível se dois condôminos se encontrassem nessa situação. Um condômino que se encontre nessa situação pode, no entanto, fazer-se sempre representar por um procurador.

⁶⁶⁵ A Lei n.º 32/2012, de 14 de agosto, acrescentou um n.º 3 ao artigo 1425.º, com a seguinte redação: “*No caso de um dos membros do respetivo agregado familiar ser uma pessoa com mobilidade condicionada, qualquer condômino pode, mediante prévia comunicação nesse sentido ao administrador e observando as normas técnicas de acessibilidade previstas em legislação específica, efetuar as seguintes inovações: a) Colocação de rampas de acesso; b) Colocação de plataformas elevatórias, quando não exista ascensor com porta e cabina de dimensões que permitam a sua utilização por uma pessoa em cadeira de rodas.*”

⁶⁶⁶ Cf. artigo n.º 1432.º, n.º 3.

convocatória uma outra data para a segunda reunião; e a de, na falta da primeira, considerar-se convocada nova reunião para uma semana depois, na mesma hora e local. Em segunda convocatória, a assembleia pode deliberar por maioria dos votos dos condóminos presentes, desde que estes representem, pelo menos, um quarto do valor total do prédio.⁶⁶⁷

No que diz respeito ao funcionamento automático da remissão da assembleia para nova data, uma semana depois, não merece dúvidas interpretativas, não obstante ser claro que se prejudica, com a nova redação, a tutela dos interesses dos condóminos faltosos⁶⁶⁸, pois o ónus da transmissão da informação da segunda convocatória era de quem a convocava, e agora cabe aos condóminos faltosos cuidar de saber se a assembleia se realizou ou não, sabendo assim se se mantém a segunda convocatória ou se a sua designação ficou prejudicada pela realização na primeira data designada.

Já no que diz respeito à existência de uma nova data para segunda convocatória tem sido prática corrente que a mesma seja no mesmo dia, mas com um diferimento de trinta minutos ou uma hora em relação à primeira. Rui Miller, seguido, desde aí por outros autores⁶⁶⁹ e pela jurisprudência⁶⁷⁰, entende que “...a nova reunião,

⁶⁶⁷ Cf. artigo n.º 1432.º, n.º 4.

⁶⁶⁸ No mesmo sentido, MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 272, nota (1).

⁶⁶⁹ A título de exemplo, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 226, nota 568.

⁶⁷⁰ Cf., a título de exemplo, acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 04 de maio de 2010, n.º convencional JTRP00043888, referindo que “...é certo que a lei permite que na convocatória da assembleia de condóminos se fixe, desde logo, e para o caso de não comparecer o número de condóminos suficiente para se obter vencimento, outra data para nova reunião, cfr. n.º 4 do art.º 1432.º do C.Civil. Ora o que consta da convocatória em apreço nos autos não é outra data, mas apenas outra hora para a nova reunião. Sendo certo que na interpretação da lei não deve atender simplesmente à sua letra, também é uma realidade que não se pode considerar um pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso, pois que sempre é de presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados, cfr. art.º 9.º do C.Civil. Como acima já se deixou consignado, julgamos que o intuito do legislador ao introduzir as alterações aos preceitos que regem a convocação e funcionamento das assembleias de condóminos foi o de garantir a efetiva participação dos condóminos na vida do condomínio. Pelo que não desconhecendo as vicissitudes normais, familiares e/ou profissionais da generalidade dos condóminos, possibilitou-lhes a presença nas respetivas assembleias, permitindo-lhes, além do mais, no caso de impossibilidade de comparência na data e hora designadas e no silêncio da convocatória, ficarem desde logo cientes que, no caso desta se não poder reunir, por falta do necessário quórum deliberativo, ela se reunirá uma semana depois. E dentro do mesmo espírito permitiu ainda o legislador que na própria convocatória se fixasse, desde logo, e no caso de a assembleia se não poder reunir, outra data para a nova reunião. Parece-nos evidente que no espírito do legislador a designação de outra data na própria convocatória, destinava-se, antes de mais, àqueles condóminos que, não obstante tivessem interesse e pretendessem participar na assembleia, por qualquer motivo não o pudessem fazer, possibilitando-lhes que organizassem a sua vida de forma a comparecerem à nova reunião. Não esquecendo que se alguém não pode estar presente em certo dia e hora, dificilmente lhe será possível estar presente meia hora mais tarde, daí que se tenha consignado na lei, para possibilitar

*por falta de quórum da primeira, não pode ter lugar na mesma data desta...”, sendo assim “...ilegal a menção na convocatória de que, não havendo a maioria legal, a reunião terá lugar, em segunda convocatória, na mesma data e após o decurso de certo lapso de tempo sobre a hora fixada...”*⁶⁷¹. Para fundamentar esta proibição de a segunda convocatória ser no mesmo dia, o autor socorre-se do elemento gramatical, o facto a formulação do preceito referir a necessidade de convocatória para “*outra data*”, e de elemento teleológico, que seria permitir “...aos condóminos faltosos... ...a possibilidade de comparecerem e assegurar assim a intervenção em maior número...” bem como “...obstar a uma precipitada revogação da maioria fixada no n.º 3, com imposição, numa quase imediata segunda reunião, do quórum, inferior, assinado no n.º 4...”⁶⁷².

Pegando nos elementos gramatical e teleológico trazidos pelo autor referido, parece-nos que a conclusão não tem, necessariamente, que ser a encontrada. No que diz respeito à letra da lei, a expressão “*nova data*”, tem claramente, o significado de outra data, sendo “*data*” a época precisa em que um facto acontece⁶⁷³, esta, em nossa opinião, tanto pode referir-se apenas a um dia, como a um conjunto dia-hora, não nos parecendo que, apenas pela letra da lei, esteja à partida excluída um interpretação que permita convocação das duas assembleias alternativas para o mesmo dia.

Não podemos aqui, no entanto, deixar de notar que, atento à definição de data da generalidade dos dicionários, *máxime* o Dicionário de Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, a hora, não estando expressamente excluída, não integra o conceito de data⁶⁷⁴, o que poderia indicar que, no mesmo dia, não poderiam ser estabelecidas duas datas diferentes. Se se vir a questão em apreço, não de uma forma conjunta, primeira e segunda convocatória de uma assembleia de condóminos, mas sim de uma forma individualizada, como convocatória para uma assembleia, a funcionar em determinados termos, e

a efetiva comparência do condómino que não pode estar presente no dia e hora designados para 1.ª reunião, que a convocatória deverá indicar “nova data”, no sentido de novo dia e hora, e não, por exemplo, “nova hora” ou “nova ocasião”. Assim sendo dúvidas não nos restam de que um qualquer condómino que não tivesse estado presente na assembleia reunida em “2.ª convocatória” de acordo com a respetiva convocatória, no mesmo dia, mas apenas horas ou minutos depois da hora inicialmente designada, tivesse toda a legitimidade para impugnar todas as deliberações saídas dessa assembleia, pois que na realidade e contra o que a lei impunha, não lhe foi garantido o direito de participação na assembleia, o qual lhe foi coartado.

⁶⁷¹ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 272.

⁶⁷² Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 272.

⁶⁷³ Cf. Dicionário de Língua Portuguesa, 5ª edição, Porto Editora, pág. 409.

⁶⁷⁴ A definição de data aí proposta consiste na “...*indicação do dia, do mês e do ano em que determinado ato ou facto ocorreu ou vai ter lugar...*”.

convocatória para uma segunda assembleia a funcionar em termos relativamente diferentes⁶⁷⁵, estaremos perante duas convocatórias para o funcionamento de duas assembleias diferentes que terão, conseqüentemente, que ter duas datas correspondentes que, como tal, podem ou não ser coincidentes. Se mais motivos não houvesse, e se mais inter-relação entre as duas assembleias não existisse, poderiam, numa mesma convocatória, estar marcadas duas assembleias com duas datas individualizadas, coincidentes ou não, uma com a outra. No entanto, a segunda convocatória para além de ter data está ainda sujeita a condição suspensiva, condição essa que está diretamente ligada à primeira – o facto de esta ter tido ou não o quórum constitutivo necessário – o que exclui, desde logo, a possibilidade de o momento agendado para a segunda assembleia ser anterior ou coincidente com o da primeira, só podendo assim ser posterior.

Assim, o conceito de nova data, significando “nova” aquela que se repete, que torna a acontecer⁶⁷⁶, independentemente de, como entendemos, se referir ou não, ao conjunto dia-hora, pode ou não ser no mesmo dia, desde que em momento posterior, que a data que a antecede.

No que diz respeito ao elemento teleológico, e acompanhando, aqui, o acórdão referido, julgamos que o intuito do legislador ao introduzir as alterações aos preceitos que regem a convocação e funcionamento das assembleias de condóminos foi o de garantir a efetiva participação dos condóminos na vida do condomínio, parecendo-nos fácil de perceber que não será mais trinta ou sessenta minutos que permitirão, a condóminos impedidos por razões profissionais, familiares ou até mesmo de saúde, comparecer à segunda convocatória, tendo faltado à primeira. No entanto, não nos podemos esquecer também que, sendo a segunda convocatória para dia diferente, iguais impedimentos poderão ter condóminos presentes na primeira, que não lhes permitam comparecer à segunda. Não dando a lei primazia nem apenas aos condóminos que compareçam à primeira convocatória nem, aos que apenas compareçam à segunda, não encontramos nenhum motivo justificativo para que a segunda deva ter um quórum mais reduzido⁶⁷⁷ que a primeira, correndo até o risco de,

⁶⁷⁵ Pelo menos, no que diz respeito ao quórum deliberativo exigido.

⁶⁷⁶ Cf. Dicionário De Língua Portuguesa Contemporânea Da Academia Das Ciências De Lisboa, ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA E EDITORIAL VERBO, Vol. II, 2001, pág. N.º 2621, nota 13.

⁶⁷⁷ Como anteriormente vimos, a evolução legislativa, em sede de convocatória para assembleias de condóminos, tem mesmo, tendencialmente, favorecido os presentes na primeira assembleia e onerado

um menor número de condóminos presentes na segunda, terem capacidade para deliberar, capacidade essa que faltara a um maior número presente na primeira⁶⁷⁸.

O argumento, também ele teleológico, de que, a marcação das duas convocatórias para duas horas diferentes de um mesmo dia, pode levar a uma precipitada revogação da maioria fixada no n.º 3, com imposição, numa quase imediata segunda reunião, do quórum, inferior, assinalado no n.º 4, é pertinente, sustentado e válido, mas não nos parece que a obrigatoriedade de dias diferentes, só por si, corrigisse o motivo de preocupação. Caso a primeira convocatória fosse para as 23:45h de determinado dia, e a segunda para as 00:15h do dia seguinte, estaria a interpretação que tem vindo a ser seguida absolutamente cumprida, e em absoluto se mantinha, também, o motivo da crítica.

A possibilidade de agendamento da segunda convocatória de uma assembleia no mesmo dia e em hora diferente não é expressamente prevista na legislação portuguesa. Atento ao n.º 5 do artigo 33.º do Estatuto da Câmara dos Solicitadores⁶⁷⁹, aí vem estabelecido que “...*não estando presente, à hora designada na convocatória, metade dos membros que constituem a assembleia esta reúne uma hora depois, sendo válidas as deliberações tomadas com qualquer número de presenças...*”. Não se compreenderia que o argumento de falta de segurança em relação aos membros da assembleia faltosos, que, como vimos, fundamentavam a impossibilidade, para alguns autores, de a nova data ser em hora posterior do mesmo dia, fosse diferentes na assembleia geral da Câmara dos Solicitadores e numa assembleia de condóminos. Entendemos que a possibilidade da segunda convocatória ser para o mesmo dia da primeira também perece, perante isto, o conforto do elemento sistemático da interpretação.

Posto isto, é nosso entendimento que o artigo 1432.º, n.º4, ao permitir a fixação, na primeira convocatória, de “nova data” para a segunda, permite que seja em hora diferente do mesmo dia, pois tal não está expressamente excluído pela letra da lei, e não há nenhum argumento teleológico suficientemente forte para se sobrepor

os faltosos, no que é exemplo, como vimos, a não necessidade de se proceder a nova convocatória formal entre as duas datas de reunião.

⁶⁷⁸ A nossa experiência profissional como advogado, tem-nos dado a conhecer não raras situações em que, para dar cumprimento à interpretação maioritariamente seguida, se marca uma simulada primeira convocatória de assembleia de condóminos, à qual já ninguém comparece, apenas para legitimar o funcionamento da formalmente segunda, que na realidade é única, com quórum mais reduzido e, como tal, mais fácil de obter.

⁶⁷⁹ Decreto-Lei n.º 88/2003, de 26 de Abril (Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 226/2008 de 20 de Novembro).

à possibilidade de se ir acumulando os condóminos que comparecerem à segunda convocatória àqueles que compareceram desde logo à primeira.

1.3.2.2. Quórum deliberativo

O facto de se conseguir obter, em primeira ou segunda convocatória, o quórum necessário para a assembleia funcionar (a maioria dos votos representativos do capital investido, no caso da primeira, ou um quarto do valor total do prédio, no caso da segunda) não significa que a assembleia esteja, sem mais, habilitada para deliberar sobre qualquer ponto constante da ordem de trabalhos⁶⁸⁰. Numa realidade como uma assembleia de condóminos em que, as maiorias consolidadoras da vontade conjunta relacionam os diferentes condóminos quer pelo seu número quer pela proporção do capital de cada uma das frações em relação ao valor total do prédio, não seria imediato, para ter como referência de deliberação o elemento pessoal (sendo tomada a deliberação merecedora da confiança do maior número de condóminos) ou o elemento patrimonial (sendo tomada a deliberação merecedora da confiança de condóminos com votos representativos de maior proporção do capital do prédio).

No direito português a regra é a do elemento patrimonial, independentemente do número de condóminos que votem, sendo a deliberação tomada pela maioria dos votos representativos do capital investido⁶⁸¹, em primeira convocatória, ou por maioria dos votos dos condóminos presentes, desde que representem, pelo menos um quarto do valor total do prédio⁶⁸², em segunda convocatória⁶⁸³. No entanto, esta regra

⁶⁸⁰ Deve-se notar ainda que, não havendo quórum nem na primeira nem na segunda convocatória, a assembleia não se realiza e torna-se, para qualquer deliberação, necessário proceder-se, não a uma terceira convocatória, mas sim a uma nova primeira. Com o intuito de evitar uma rotura na administração do condomínio, pode qualquer dos condóminos recorrer a tribunal, que decidirá segundo juízos de equidade, por força da norma contida no n.º 2 do artigo 1407.º, aplicado analogicamente. No mesmo sentido, por todos, LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, pág. 447, nota 6.. No direito espanhol a mesma solução não resulta de aplicação analógica de qualquer outra regulamentação, mas é diretamente determinada no último parágrafo do artigo 17.º da *Ley de Propiedad Horizontal*.

⁶⁸¹ Cf. artigo 1432.º, n.º 3.

⁶⁸² Cf. artigo 1432.º, n.º 4.

⁶⁸³ No caso do direito espanhol, a regra geral é a da dupla maioria (maioria do número de condóminos desde que representem a maioria do capital), estabelecendo, para o efeito, os dois primeiros parágrafos do n.º 3 do artigo 17.º da *Ley de Propiedad Horizontal*, que “...para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de participación...”.

comporta pelo menos seis formas de deliberação diferentes, complexas, através de maioria de votos representativos do capital, mas sem oposição, para a proibição de quaisquer atos ou atividades⁶⁸⁴; através da dupla maioria, maioria dos condóminos e representante de maioria do valor total do prédio, para aprovar a colocação de ascensores ou instalação de gás canalizado em prédios com pelo menos oito frações autónomas⁶⁸⁵ e para aprovar a reconstrução do edifício, caso a destruição atinja uma parte menor que três quartos do seu valor⁶⁸⁶; através da dupla maioria qualificada, maioria dos condóminos e representante de dois terços do valor total do prédio, para aprovar obras que constituam inovações⁶⁸⁷; através de maioria qualificada de dois terços do valor total do prédio, para aprovar obras que modifiquem a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício⁶⁸⁸ e para aprovar a alteração do fim a que se destine uma fração autónoma⁶⁸⁹; de maioria qualificada de dois terços do valor total do prédio sem oposição, para aprovar disposição do regulamento do condomínio que estabeleça que despesas relativas ao pagamento de serviços de interesse comum, ficam a cargo dos condóminos em partes iguais ou em proporção à respetiva fruição⁶⁹⁰; e de unanimidade para aprovar a reconstrução do edifício em caso de destruição do mesmo em três quartos ou mais⁶⁹¹. Nada encontramos, no entanto, que obste à possibilidade de o título constitutivo ou o regulamento nele inserido, possam estabelecer outras matérias em que uma maioria complexa ou mesmo a unanimidade sejam exigíveis⁶⁹².

O quórum necessário para a realização da assembleia, apenas é apto a permitir a deliberação nas questões gerais e para as questões que a lei exige maioria sem oposição, não se bastando para a deliberação de questões para as quais seja exigida dupla maioria, maioria qualificada ou unanimidade. Em relação ao particular caso da unanimidade, que dada a sua natureza é o mais difícil de obter, a falta de apenas um condómino, por mais pequena que fosse a sua quota, seria apto para bloquear a aprovação da deliberação, ainda que o condómino faltoso não se opusesse a essa

⁶⁸⁴ Cf. artigo 1422.º, n.º 2, d).

⁶⁸⁵ Cf. artigo 1425.º, n.º 2.

⁶⁸⁶ Cf. artigo 1428.º, n.º 2.

⁶⁸⁷ Cf. artigo 1425.º, n.º 1.

⁶⁸⁸ Cf. artigo 1422.º, n.º 3.

⁶⁸⁹ Cf. artigo 1422.º, n.º 4.

⁶⁹⁰ Cf. artigo 1424.º, n.º 2.

⁶⁹¹ Cf. artigo 1428.º, n.º 1, *à contrario*.

⁶⁹² No mesmo sentido, no específico caso da possibilidade de se tomar decisões que contrariem os regulamentos, entendendo que aqui nada impede que o título constitutivo imponha a unanimidade, MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 71.

aprovação. Com o intuito de contornar esse problema, ou pelo menos atenuar as suas consequências, o Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, entre outras modificações, aditou três números ao artigo 1432.º, destinados, precisamente, a regular as deliberações sujeitas à regra da unanimidade. Assim, e tendo a assembleia quórum deliberativo, quer em primeira, quer em segunda convocatórias, e caso estejam presentes condóminos representativos de, pelo menos, dois terços do capital investido, pode a deliberação ser tomada, desde que todos os presentes votem favoravelmente, sujeita a condição, condição essa que é a posterior aprovação por parte dos condóminos faltosos⁶⁹³.

Posteriormente, e para que esses condóminos faltosos se possam pronunciar, devem, a estes, serem comunicadas essas deliberações, por carta registada com aviso de receção, num prazo de trinta dias a contar da deliberação⁶⁹⁴. O prazo, em causa, conta-se desde a data da deliberação, compete ao administrador, e caso seja ultrapassado faz o processo de deliberação caducar, não se tratando de uma proposta rejeitada, mas apenas de uma proposta não tomada. Recebida a carta têm os condóminos faltosos 90 dias para manifestarem o seu assentimento ou discordância⁶⁹⁵, valendo o seu silêncio como aprovação⁶⁹⁶. Por se tratar de uma regra excecional, este sistema de recolha da votação dos condóminos faltosos, é apenas aplicável aos casos de matérias sujeitas a unanimidade, não podendo ser aplicado, analogicamente, a matérias sujeitas a outras maiorias complexas.

Esta solução encontrada pelo legislador, para completar a plena votação nas questões sujeitas a aprovação unânime, merece ainda a nossa reflexão no que diz respeito à permanência da produção de efeitos da decisão e da duração do seu processo de ser tomada.

As decisões da assembleia de condóminos não têm carácter contratual e irrevogável, assumindo, na opinião de Sandra Passinhas⁶⁹⁷, que em absoluto

⁶⁹³ Cf. n.º 5 do artigo n.º 1432.º, que estabelece que “...as deliberações que careçam de ser aprovadas por unanimidade dos votos podem ser aprovadas por unanimidade dos votos dos condóminos presentes desde que estes representem, pelo menos, dois terços do capital investido, sob condição de aprovação da deliberação pelos condóminos ausentes, nos termos dos números seguintes...”.

⁶⁹⁴ Cf. n.º 6 do artigo n.º 1432.º, que estabelece que “...as deliberações têm de ser comunicadas a todos os condóminos ausentes, por carta registada com aviso de receção, no prazo de 30 dias...”.

⁶⁹⁵ Cf. n.º 7 do artigo n.º 1432.º, que estabelece que “...os condóminos têm 90 dias após a receção da carta referida no número anterior para comunicar, por escrito, à assembleia de condóminos o seu assentimento ou discordância...”.

⁶⁹⁶ Cf. n.º 8 do artigo n.º 1432.º, que estabelece que “...o silêncio dos condóminos deve ser considerado como aprovação da deliberação comunicada nos termos do número 6...”.

⁶⁹⁷ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 246.

subscrevemos, carácter de decisão administrativa, e como tal livremente revogável ou alterável, ainda que com uma maioria menor do que aquela que as tenha tomado, menos no caso de essa maioria ter sido unânime⁶⁹⁸. É mesmo admissível uma deliberação de administração geral das partes comuns, aprovado por unanimidade, ser revogado ou alterado por uma reduzida maioria.

Ao mesmo tempo, tal como nos é dito por Sandra Passinhas⁶⁹⁹, “...no cálculo da maioria prescrita em matéria de condomínio para a aprovação das deliberações da assembleia de condóminos não se pode ter em conta as adesões expressas em momento diverso do da votação, dado que só esta determina a fusão da vontade dos condóminos criadora do ato colegial...”, o que não deixaria clara a natureza da possibilidade de votação expressa posterior prevista na lei para os casos de unanimidade. Perante a conjugação destas duas realidades, temos que concluir que, na possibilidade permitida de votação posterior dos ausentes, que pode demorar até 120 dias, não se podendo considerar em momento diverso do da votação, só se pode concluir que, para efeitos dessa mesma votação, a assembleia se mantém em funcionamento e a sua ata só poderá ser elaborada findo o período de respostas, expressas ou tácitas, de todos os condóminos ausentes.

Durante esse período, em que a deliberação se encontra num “limbo” de prolongada votação, entendemos que não pode ser convocada outra assembleia de condóminos com votação da mesma deliberação na ordem de trabalhos. Caso isso acontecesse, poderíamos cair na absurda situação em que uma deliberação sujeita a unanimidade, durante o processo de formação da mesma, visse uma outra assembleia, deliberar sobre ela, e findo o processo da primeira deliberação poderíamos concluir que tínhamos duas deliberações contraditórias e contemporâneas uma da outra.

1.3.2.3. Publicidade das decisões da assembleia de condóminos

Assente que está o processo de formação da vontade da assembleia de condóminos, atentas as diferentes matérias, às quais possam corresponder diferentes maiorias de deliberação, urge esclarecer que publicidade deve ser dada ao conjunto

⁶⁹⁸ No mesmo sentido, PERETTI-GRIVA, DOMENICO RICCARDO, «In Tema di Amministratore e di Deliberazioni Condominiali», in *Giurisprudenza Italiana*, Roma, 1963, pág. 71.

⁶⁹⁹ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 247.

das deliberações da assembleia. Até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de outubro, o n.º 2 do artigo 1433.º estabelecia que “...o direito de propor a ação... [de anulação de deliberação da assembleia de condóminos] ...caduca, quanto aos condóminos presentes, no prazo de vinte dias a contar da deliberação e, quanto aos proprietários ausentes, no mesmo prazo a contar da comunicação da deliberação...”. Sendo a comunicação da deliberação um instrumento ao serviço do direito de impugnar⁷⁰⁰, o que resultava deste preceito é que das deliberações da assembleia só tinha que ser dado conhecimentos aos condóminos faltosos, não estando esta transmissão de informação sujeita a qualquer meio especial, não sendo assim, à altura, obrigatória carta registada, não nos podendo no entanto esquecer que, atentas as regras do Processo Civil, se um condómino ausente pretendesse impugnar uma deliberação e a caducidade fosse invocada pelo administrador em representação do condomínio, era a este que cabia fazer prova da data da comunicação.

Com as alterações produzidas no artigo 1433.º, pelo diploma supra referido, foi substancialmente modificado o aí estatuído. O anterior n.º 2, que agora é o n.º 4, passou a estabelecer que “...o direito de propor a ação de anulação caduca no prazo de 60 dias contados... ...sobre a data da deliberação...”. Esta nova redação produz assim duas alterações diferentes, alargando o prazo de impugnação para 60 dias, independentemente do condómino em causa ter estado ou não presente na assembleia, por um lado, e passando a contar o prazo da data da deliberação e não da data do conhecimento (presencial no caso dos presentes e por comunicação no caso dos ausentes), por outro.

Da nova disposição não resulta uma obrigatoriedade de comunicação e, à semelhança do que já foi dito em sede de segunda convocatória de assembleia⁷⁰¹, se cabe aos condóminos faltosos cuidar, diligentemente, de se informar se houve ou não assembleia, também lhes cabe, caso tenha havido, informar o conteúdo das deliberações. Obviamente que, não se descortinando aos condóminos faltosos dotes de adivinho, terá que existir uma forma de eles terem acesso à ata da assembleia. Mandará a diligente atuação, o administrador fazer chegar cópia da ata a todos os condóminos, onde se incluem os faltosos, pois não é possível aos condóminos darem cumprimento às deliberações sem delas terem conhecimento. Cabendo ao

⁷⁰⁰ Cf. MERZ, SANDRO, *Manuale pratico del condominio e della comunione. Commentato con la legislazione speciale e la normativa fiscale*, Cedam, Pádua, 2000, pág. 302.

⁷⁰¹ Cf. Capítulo IV, 1.3.

administrador, nos termos da alínea h) do artigo 1436.º, executar as deliberações da assembleia, terá este que delas dar conhecimento aos destinatários, não estando, no entanto, em nossa opinião, obrigado a nenhum meio específico de transmissão da informação.

Este entendimento, de falta de necessidade de comunicação, não tem sido consensual na doutrina. O mesmo Decreto-Lei n.º 267/94, também alterou, como anteriormente vimos, o artigo 1432.º, estabelecendo a necessidade de notificação de deliberações por carta registada a condóminos ausentes, estabelecendo um prazo para eles se pronunciarem sobre as deliberações e até, no n.º 8, a atribuição de valor declarativo à ausência de pronúncia. Ora, vindo estas normas na sequência da prevista no n.º 5, que se aplica às deliberações que obrigatoriamente tenham que ser tomadas por unanimidade, em nossa opinião, não faria sentido que se estendesse a todas as outras. Isto porque, tendo as normas dos números 6, 7 e 8 do artigo 1432.º sido introduzidas no corpo da norma em simultâneo com o n.º 5, nenhum sentido faria que, uma deliberação tomada por simples maioria na assembleia viesse a ser alterada por, posteriormente, um número de condóminos faltosos representantes de maior capital a ela se opusessem. Seria então tido em conta, para aprovação de uma deliberação simples, não só os votos da maioria presente como também aqueles que se teriam que pronunciar em momento posterior. A excecionalidade desta extensão da votação, para além dos limites temporais da assembleia, justifica-se no caso das deliberações que exijam unanimidade, mas seria um absurdo aplicar-se a qualquer uma das outras. As normas constantes nos números 6, 7 e 8 do artigo 1432.º, como anteriormente já o dissemos, têm carácter excecional e não podem ser aplicadas analogicamente às deliberações que não exijam unanimidade.

Em sentido contrário, Sandra Passinhas⁷⁰², entende que “...as deliberações têm de ser comunicadas a todos os condóminos ausentes, por carta registada com aviso de receção, no prazo de 30 dias... ...o legislador quis ter a certeza de que o condómino teve conhecimento efetivo da deliberação, por isso exige o aviso de receção...”. A defesa de interpretar o regime contido nessas normas como geral, para qualquer deliberação, e não excecional, apenas aplicável às deliberações sujeitas a unanimidade, fez mesmo com que a autora identificasse como em sentido contrário

⁷⁰² PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 248.

acórdão da Relação de Lisboa, de 22 de Junho de 1999⁷⁰³, que viria a ser confirmado por acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Janeiro de 2000⁷⁰⁴, ambos defendendo a mesma interpretação por nós sustentada. A interpretação defendida por Sandra Passinhas, ao estender a aplicação destas normas a deliberações não carecedoras de unanimidade, contraria o seu entendimento no que diz respeito ao cálculo da maioria para aprovação das deliberações da assembleia, nomeadamente ao referir que “...no cálculo da maioria prescrita em matéria de condomínio para aprovação das deliberações da assembleia de condóminos não se pode ter em conta as adesões expressas em momento diverso do da votação, dado que só esta determina a fusão da vontade dos condóminos criadora do ato colegial...”⁷⁰⁵.

Claro está então que, tal como decidiu o Supremo Tribunal de Justiça em acórdão de 3 de outubro de 2002⁷⁰⁶, que *...atualmente os condóminos faltosos terão de diligenciar no sentido de conhecerem o teor das deliberações para, se o desejarem, poderem impugná-las no prazo dilatado de 60 dias sobre a data da deliberação e não da comunicação da deliberação, como primitivamente se estipulava...*”, não tendo a mesma ter que ser, obrigatoriamente, comunicada.

1.3.2.4. Invalidade de decisões da assembleia de condóminos

No que diz respeito à invalidade das deliberações da assembleia de condóminos, estabelece o artigo n.º 1433.º, n.º 1 que “...as deliberações da assembleia contrárias à lei ou a regulamentos anteriormente aprovados são anuláveis a requerimento de qualquer condómino que as não tenha aprovado...”. Em primeiro lugar, urge verificar se toda e qualquer deliberação da assembleia de condóminos, contrária à lei, é sempre anulável, ou se, nos termos gerais do direito, poderá ser alternativamente nula, ineficaz ou inexistente. Rui Miller⁷⁰⁷ entendeu que “...a deliberação da assembleia constitui apenas a declaração de vontade desse

⁷⁰³ Cf. Acórdão da Relação de Lisboa, de 22 de junho de 1999, in Coletânea de Jurisprudência, III, pág. 121.

⁷⁰⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 11 de janeiro de 2000, n.º convencional JSTJ00039769.

⁷⁰⁵ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 247.

⁷⁰⁶ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 3 de outubro de 2002, n.º do documento SJ200210030018167.

⁷⁰⁷ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 282.

órgão que há-de ir expressar-se e produzir efeitos em ato posterior relativamente ao qual foi necessário apurar desse modo o sentido em que deveria produzir-se a declaração negocial de uma das partes...”, o que justificava que a ilegalidade da mesma padecesse sempre de anulabilidade. Para este autor a deliberação ilegal seria sempre anulável e, com a preclusão do prazo, ganharia definitividade, tendo então que se esperar que o ato ulterior lhe desse dimensão externa para assim se poder atacar a validade do ato condominial, podendo este padecer, agora, de qualquer invalidade.

Não partilhamos este entendimento. Não se compreenderia que uma deliberação violadora de princípios basilares de direito, ou de normas imperativas, uma vez passado o prazo de anulabilidade, não pudesse ser atacada pelos condóminos que a não votaram favoravelmente. O que nos parece ser a mais correta interpretação desta norma é que, de entre todos os vícios de que possam padecer as deliberações de uma assembleia de condóminos, aqueles que passarem por contradição de lei ou regulamento anteriormente aprovado, a serem anuláveis, têm um regime ligeiramente diferente ao estabelecido no artigo 287.º, tendo para tal legitimidade, não especificamente as pessoas em cujo interesse essa anulabilidade tenha sido estabelecida, mas sim qualquer condómino que não as tenha aprovado⁷⁰⁸, e o prazo de invocação dessa anulabilidade, não é o de um ano desde do conhecimento, mas sim o muito curto prazo de 60 dias contados desde a data da deliberação⁷⁰⁹.

Disto resulta que as deliberações inválidas tomadas por uma assembleia de condóminos, para além de anuláveis, poderão ainda ser inexistentes, nulas e ineficazes. Inexistente será um instrumento aparentemente representativo de uma deliberação que ou não foi tomada, ou foi tomada por pessoas estranhas às competentes para o fazer. Este tipo de aparentes deliberações, não produzem quaisquer efeitos, nem chegam, sequer, a ter existência jurídica⁷¹⁰.

A deliberação pode ser nula, nulidade essa invocável a todo tempo, não apenas pelos condóminos que não a tenham aprovado, mas por qualquer interessado, podendo ser conhecida oficiosamente pelo tribunal. O negócio jurídico diz-se nulo, nas palavras de Rui de Alarcão, “...sempre que se esteja em face de um negócio afetado por um vício genético que o torne inapto para a produção dos efeitos a que se

⁷⁰⁸ Do texto da lei resulta claramente que se o condómino se tiver absterido mantém intacta a possibilidade de anular a deliberação, só estando assim vedada àqueles que a tenham aprovado. No mesmo sentido, VISCO, ANTÓNIO, *ob. cit.*, pág. 383.

⁷⁰⁹ No mesmo sentido, LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 449.

⁷¹⁰ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 250.

destina, de tal forma que essa produção seja automaticamente excluída, em regra desde o início, e de um modo absoluto e insanável...»⁷¹¹. Significa então que sempre que uma deliberação da assembleia seja tomada contra disposição legal de caráter imperativo, infringindo normas de interesse de ordem pública, é essa deliberação nula, nos termos do artigo n.º 294.º, sob pena de, como nos ensinam Pires de Lima e Antunes Varela⁷¹², estar “...nas mãos dos condóminos derrogar os preceitos em causa... ...bastaria, para tanto, que, após a aprovação da deliberação, nenhum deles a impugnasse no prazo referido...”. Assim, se a violação da deliberação violar norma de caráter imperativo, terá como consequência a nulidade, ao passo que, se violar norma de caráter supletivo, que esteja na disponibilidade das partes, terá como consequência a anulabilidade. Em igual sentido, bem decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 06 de Junho de 2002, ao considerar que, a respeito do n.º 2 do artigo 1428.º, “...como esta norma não tem cariz imperativo - pois que, em vez de impor (como acontece no n.º 1 do mesmo artigo, com o direito de qualquer condómino exigir a venda do terreno e dos materiais, no caso de destruição total ou superior a ¾ do edifício), limita-se a facultar a possibilidade da assembleia de condóminos deliberar a reconstrução - a referida invalidade está sujeita ao regime das anulabilidades do n.º 1 do artigo 1433 do Código Civil e não ao regime das nulidades...»⁷¹³.

A jurisprudência superior tem sido, quanto a isto, desde há longo tempo, uniforme, como aconteceu em acórdão do mesmo tribunal superior de 01 de Junho de 1983 que, por seu turno, entendeu que “...a deliberação da assembleia de condóminos, tomada por maioria, no sentido de permitir em tal fração a instalação e funcionamento de um salão de cabeleireiro, além de exorbitar da respetiva competência administrativa, está ferida de nulidade que pode ser conhecida em qualquer tempo, sendo-lhe inaplicável o regime do n. 2 do artigo 1433 do Código Civil...»⁷¹⁴.

⁷¹¹ Cf. ALARCÃO, RUI DE, «Sobre a invalidade do negócio jurídico», in *Separata do n.º especial do BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, pág. 18.

⁷¹² LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 448.

⁷¹³ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 6 de Junho de 2002, n.º convencional JSTJ00000337.

⁷¹⁴ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 1 de Junho de 1983, n.º convencional JSTJ00020324.

A deliberação pode ser ineficaz, nas palavras de Sandra Passinhas⁷¹⁵, “...se a assembleia aprovar uma deliberação lesiva do direito de cada condômino sobre a coisa ou serviço comum ou sobre a coisa da propriedade exclusiva de cada um...”. Caso isto acontecesse seria excessivo obrigar-se o condômino lesado a ter que reagir no curto prazo de sessenta dias por via de ação. Como nos apontam Pires de Lima e Antunes Varela, o condômino afetado pode a todo tempo reagir por via de ação ou de exceção, contanto que não tenha aprovado a deliberação⁷¹⁶. Imagine-se o caso acadêmico de, num condomínio de dez frações, dois dos condôminos estarem em elevado incumprimento nas suas obrigações e em face disso, a assembleia deliberar que as dívidas desses condôminos serão pagas pelos restantes sete. Qualquer dos sete condôminos que não tenha aprovado, nem ratificado, a deliberação, para se eximir do cumprimento das obrigações dos faltosos, não tem, sequer, de intentar ação tendente a declarar a nulidade da deliberação, bastando não a cumprir, não pagar o que não lhe é devido, e limitar-se apenas a excepcionar, caso o condomínio lhe venha a exigir judicialmente o pagamento, repercutindo assim o ónus do impulso judicial.

Por último, falta avaliar quem tem legitimidade passiva para ser sujeito processual na ação que vise anular ou reconhecer a nulidade de uma deliberação de uma assembleia de condôminos. Nos termos do artigo 1433.º, n.º 6.º, “...a representação judiciária dos condôminos contra quem são propostas as ações compete ao administrador ou à pessoa que a assembleia designar para esse efeito...”. Uma leitura simplista desta norma poder-nos-ia levar a considerar que o administrador teria legitimidade processual passiva nas ações de impugnação de deliberações da assembleia. O que resulta da norma, como numa leitura mais atenta se torna claro, é que a ação é proposta contra aqueles condôminos que votaram favoravelmente a deliberação, que foram os únicos a agir ilegalmente. No entanto, depois da ação ser proposta contra estes, o legal representante do conjunto, por força da lei, é o próprio administrador, pois raras vezes serão aquelas em que noutra pessoa delegará a assembleia⁷¹⁷.

⁷¹⁵ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 263.

⁷¹⁶ LIMA, PIRES e VARELA, *ob. cit.*, 1987, pág. 448.

⁷¹⁷ No mesmo sentido, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 14 de fevereiro de 1991, n.º convencional JSTJ00007796, que considerou que “... administrador de condomínio não tem legitimidade passiva em ação que tenha por objeto a impugnação de deliberação tomada na assembleia geral de condôminos, pelo que tal ação tem de ser proposta contra todos os condôminos individualmente considerados...”.

1.3.3. O administrador do condomínio

O administrador do condomínio é o órgão executivo da administração das partes comuns do edifício⁷¹⁸, e, uma vez nomeado, fica investido num mandato com poderes de representação⁷¹⁹.

1.3.3.1. Escolha do administrador do condomínio

Por regra, o administrador é eleito pela assembleia de condóminos⁷²⁰. Caso a assembleia não o faça, o administrador do condomínio será nomeado pelo tribunal, a requerimento de qualquer dos condóminos, segundo os termos do processo de jurisdição voluntária previsto no artigo 1003.º do Código de Processo Civil⁷²¹. É pertinente, nesta fase, avaliarmos quem, e em que condições, pode reunir requisitos para ser administrador de um condomínio. É hoje pacífico que a administração do condomínio tanto pode recair sobre pessoa física, como sobre pessoa coletiva⁷²². Tal possibilidade estaria aberta pelo n.º 1 do artigo 1435.º, não limitando em nada a liberdade de escolha da assembleia⁷²³.

Tratando-se de uma investidura num mandato, parece-nos claro que se aplica ao administrador, em tudo o que não vier especialmente o previsto nos artigos 1435.º e seguintes, as regras do contrato de mandato estabelecidas nos artigos 1157.º e seguintes, o que, tanto permite que a administração de um condomínio seja exercida por uma pessoa individual, como por uma pluralidade, tal como estabelece o artigo

⁷¹⁸ ALMEIDA, L. P. MOITINHO, «Propriedade Horizontal», 2.ª Ed., Livraria Almedina, COIMBRA, 1997, pág. 108.

⁷¹⁹ No mesmo sentido, VISCO, ANTÓNIO, *ob. cit.*, 1964, pág. 372, ss., e BRANCA, GIUSEPPE, *Comentario del Codice Civile*, 6ª ed, Zanichelli, Bolonha, 1982, pág. 476, ss..

⁷²⁰ Cf. art.º 1425.º, n.º1.

⁷²¹ Neste caso estamos a falar de uma nomeação a requerimento de pelo menos um condómino e a ação é proposta em relação a todos os outros. Esta nomeação não pode ser feita, oficiosamente, pelo tribunal, nem ser requerida por terceiro. O condómino que a requerer tem, desde logo, que indicar pessoa que repute de idónea para receber o mandato pessoa essa que, não havendo oposição assumirá as funções. Os poderes e deveres do administrador assim nomeado são os mesmos de um eleito pela assembleia de condóminos.

⁷²² Cf. Acórdão da Relação de Lisboa, em 08 de novembro de 1983, n.º convencional JTRL00029319.

⁷²³ No mesmo sentido, no direito italiano, por todos, LAZZARO, FORUNATO e STINCARDINI, XALTER, *L'amministratore del condominio*, Dott. A. Giuffrè Editore, MILÃO, 1992, pág. 37. Em sentido contrário, também no direito italiano, entendendo que o administrador tem de ser uma pessoa física, TERZAGO, GINO, «L' Amministratore nel Condominio», in *RGE - Rivista giuridica dell'edilizia*, II, 1967, pág. 387.

1160.º.⁷²⁴ Em sentido contrário, Sandra Passinhas⁷²⁵ considera não ser possível uma representação no órgão “*administrador do condomínio*”, devido a, pelo menos no aspeto externo, ser “...*imprescindível para assegurar do condomínio no tráfico jurídico e, sobretudo, para proteger os interesses de terceiros cuja esfera jurídica se encontra com a do condomínio...*”.⁷²⁶ Discordamos deste sentido, pois não obstante a pertinência das questões levantadas, entendemos que a representação, em juízo ou fora dela, bem como qualquer notificação pode ser feita na pessoa de um qualquer dos membros do órgão colegial, ficando este obrigado a dela dar conhecimentos aos outros, à semelhança da representação de uma sociedade comercial.

Ser possível, como entendemos, que a assembleia de condóminos opte por uma administração plural, permite, principalmente a grandes condomínios em que, não se optando por empresas de administração, se tem dificuldade em encontrar consensos e afastar suspeições, se encontre uma solução em que as diversas correntes, as diversas e não raras vezes posições opostas, estejam representadas, assim superando eventuais impasses quanto a concretas questões.

No entanto, Sandra Passinhas, admitindo a nomeação de uma pessoa coletiva, entende que “...*se uma pessoa coletiva for nomeada como administrador, deve nomear uma pessoa singular para exercer o cargo em nome próprio...*”, acrescentando mesmo que “...*o artigo 3.º do DL 268/94, que manda colocar na entrada do prédio ou conjunto de prédios ou em local de passagem comum aos condóminos a identificação do administrador em exercício... só está efetivamente cumprido se, ao lado da identificação da sociedade, estiver indicado o representante legal diretamente responsável por aquele prédio...*”.⁷²⁷

Em condomínios mais antigos e de menores dimensões, não é raro verificar que os condóminos jamais se reuniram em assembleia, sendo que um ou alguns dos condóminos vão assumindo, tacitamente, as funções de pagar as despesas dos serviços do condomínio (eletricidade, água, limpeza, pequenas reparações e substituições,

⁷²⁴ No mesmo sentido, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 12 de julho de 2007, n.º do processo 4124/2007-7.

⁷²⁵ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 288.

⁷²⁶ Para exemplificar estas situações, a autora referiu ainda os seguintes exemplos: “...*os condóminos devem comunicar ao administrador a escritura pública de junção ou cisão de frações autónomas; o administrador representa o conjunto dos condóminos perante as autoridades administrativas, tem legitimidade para agir em juízo, quer contra qualquer dos condóminos, quer contra terceiro, na execução das funções que lhe pertencem ou quando autorizado pela assembleia, pode ser demandado nas ações respeitantes às partes comuns do edifício...*”.

⁷²⁷ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 293.

etc.), as funções de cobrança das quotas-partes dessas despesas a cada um dos condóminos, sendo aquele quem guarda ao seu cuidado os documentos relativos a esses pagamentos e cobranças. Este condómino, que não tendo sido formalmente investido das funções de administrador, atua, no entanto e ainda que parcialmente, nas vestes de administrador do condomínio, sendo assim um administrador de facto ou putativo.

A figura do administrador de facto, pode também surgir quando, uma vez terminado o mandato de um administrador, nem a assembleia, nem decisão judicial tenha procedido à nomeação de outro, e seja impossível ao anterior, ainda que transitoriamente, continuar a exercer tais funções, ou ainda quando, já tendo sido transmitida alguma fração de um prédio do construtor para um comprador, ainda não tenha, no entanto, sido realizada a primeira assembleia de condóminos que venha a nomear o primeiro administrador⁷²⁸.

Sendo esta ator jurídico, o administrador de facto, uma realidade em inúmeras situações concretas, carece de esclarecer qual a situação jurídica que integra. Sendo uma situação em que alguém aparece a praticar atos que caberiam ao titular de um mandato da assembleia de condóminos, as figuras, que podem integrar, serão a da gestão de negócio ou do mandato. A figura da gestão de negócios, prevista no artigo 464.^{o729}, pelo menos no que respeita à quota-parte de representação de cada um dos outros condóminos, individualmente considerados, só poderia subsistir até ao momento, em relação a cada um deles, em que, ainda que tacitamente, aceitassem a gestão como contínua – por exemplo, pagando ao administrador de facto, mensalmente, a quota-parte das despesas de eletricidade do condomínio –, considerando-se a gestão legitimamente autorizada. Entendemos, contudo, que os atos do putativo administrador antes integram a figura do mandato prevista no artigo 1157.^{o730}. E isto porque, contém uma clara especificação em relação ao mandato

⁷²⁸ No mesmo sentido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18 de Outubro de 2012, n.º do documento RP20121018844/08.5TBGDM.P1, onde refere que “...poderá acontecer que mesmo não tendo os condóminos diligenciado pela convocação da assembleia de condóminos e de nomeação de administrador, haja elementos para considerar ter ocorrido transmissão dos poderes de administração do condomínio, do promotor para os condóminos, caso em que deverá ter-se em conta esse momento para efeitos do já referido arteº 329º do CC. Será por exemplo a situação em que os proprietários das várias frações autónomas pura e simplesmente não diligenciaram pela eleição de administrador, e vão gerindo informalmente os assuntos comuns – administrador de facto...”.

⁷²⁹ Estabelece o artigo 464.º que “...dá-se a gestão de negócios, quando uma pessoa assume a direção de negócio alheio no interesse e por conta do respetivo dono, sem para tal estar autorizado...”.

⁷³⁰ Estabelece o artigo 1157.º que “...mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra...”.

conferido ao legítimo administrador, que é o facto do mandato deste ser uno e representativo do conjunto de todos os condóminos, ao passo que aquele não é um mandato isolado mas sim um conjunto de mandatos, um por cada um dos condóminos que represente⁷³¹.

Nas relações com terceiros, o administrador de facto, tanto pode agir em seu nome, como vimos, ou em nome dos diferentes condóminos, podendo assim os terceiros, pretendendo, dirigir-se, quer a ele próprio, quer a qualquer dos condóminos dentro do limite da sua quota individual. No entanto, e uma vez que não tem legitimidade processual passiva, não pode ser, como representante do condomínio citado, sendo necessário, para efeitos processuais, nestas circunstâncias, citar individualmente todos os condóminos⁷³².

A própria lei, através da introdução do artigo 1435.º-A ao Código Civil, efetuada pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de outubro, parece legitimar a figura do administrador de facto, denominando-o administrador provisório. No entanto a redação do artigo, que se destinava a fazer face às situações de vazio da administração do condomínio, não nos parece a mais feliz⁷³³. O n.º 1 do artigo, ao estabelecer que “...se a assembleia de condóminos não eleger administrador e este não houver sido nomeado judicialmente, as correspondentes funções são obrigatoriamente desempenhadas, a título provisório, pelo condómino, cuja fração ou frações, representem a maior percentagem do capital investido, salvo se outro condómino manifestar vontade de exercer o cargo e houver comunicado tal propósito aos demais condóminos...”. De uma interpretação declarativa do texto desta norma, poderíamos concluir, que esta regra não mais seria do que uma forma supletiva de escolha do administrador que, uma vez verificados materialmente os requisitos, passaria a ter igual estatuto do administrador eleito, contemplando, esse estatuto, todas as funções previstas no artigo 1436.º⁷³⁴, sendo assim titular de um mandato da totalidade do condomínio e devendo representá-lo em juízo e fora dele.

Na nossa opinião, e sendo o mandato um contrato⁷³⁵, nunca poderia, com falta de vontade, um condómino estar sujeito a ele. Caso se procedesse à interpretação

⁷³¹ Em sentido próximo, no Direito italiano, RENZIS, ALESSANDRO DE. *L'amministratore del Condominio Negli Edifici* (2ª edição), Cedam, Pádoa, 1995, pág. 18 ss e LAZZARO, FORUNATO e STINCARDINI, XALTER, *ob. cit.*, pág. 108.

⁷³² Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 294, nota 710.

⁷³³ Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 308.

⁷³⁴ Debruçamo-nos sobre as funções do administrador mais à frente.

⁷³⁵ Cf. artigo 1157.º.

declarativa da norma em apreço, ao titular da maior percentagem do prédio caberia, supletivamente e independentemente da sua vontade, os mais amplos poderes do administrador, o que, por um lado seria uma clara violação da sua autonomia privada do próprio, que seria mandatário sem aceitar o mandato, e, por outro, permitiria a todos os outros condóminos, através da sua inatividade, perpetuar esse conjunto de obrigações na esfera jurídica desse maior condómino. O que entendemos é que, na realidade, o que legislador pretendeu foi, aqui, criar diferentes caminhos para que o condomínio não pare por falta de administrador. Ou, por um lado, se legitima o administrador de facto, bastando a este, tal como acima vimos, apresentar a quota-parte das despesas a cada condómino para que, tacitamente, a comunicação esteja feita, ou, por outro lado, cria um regime supletivo de escolha de um dos condóminos que imperativamente terá de efetuar os atos imprescindíveis à manutenção das partes comuns, nomeadamente proceder ao pagamento das despesas e cobrança das quotas-partes de cada um, não deixando nunca, numa ou noutra das hipóteses, de ser um administrador de facto e provisório⁷³⁶.

Podendo assim a administração do condomínio ser exercida por um administrador ou por um administrador provisório, urge, antes de mais, delimitar os poderes e funções de um, ou na falta dele, do outro.

1.3.3.2. Funções do administrador do condomínio

As funções do administrador vêm estabelecidas no 1436.º, numa enumeração que, não sendo taxativa⁷³⁷, poderá no entanto ser dividida em três grupos ou famílias de funções, a saber: as funções na relação com assembleia de condóminos, as funções de carácter financeiro e as funções autónomas do administrador⁷³⁸.

⁷³⁶ A solução seria mais razoável se a lei estabelecesse no n.º 1 do artigo 1435.º-A um sistema rotativo, anual, que começasse no condómino com maior percentagem ou percentagem, corresse todos e, após isso, voltasse ao início, pondo todos os condóminos em igualdade de circunstâncias.

⁷³⁷ No mesmo sentido, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 314, e LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 453, nota 2.

⁷³⁸ Não conhecemos nenhum autor que anteriormente tenha dividido as funções do administrador nestes três grupos, mas a junção, segundo a forma que agora propomos, do grupo das funções com carácter financeiro, não é inédita. Cf. MENDES, ARMINDO RIBEIRO, *ob. cit.*, pág. 74.

1.3.3.2.1. Funções na relação com a assembleia de condóminos

As funções na relação com a assembleia de condóminos são aquelas que, direta ou indiretamente estabelecidas pela lei, provocam ou são provocadas pela assembleia de condóminos, nelas se incluindo a função de convocar as assembleias de condóminos, a função de executar as decisões da assembleia e a função de prestar contas à assembleia.

i) A função de convocar a assembleia de condóminos, expressamente prevista na alínea a) do artigo 1436.º, é uma obrigação anual, para discussão e aprovação das contas respeitantes ao último ano, e aprovação do orçamento de despesas a efetuar durante o ano (cf. artigo 1431.º, n.º 1). É também uma obrigação, a qualquer momento, num prazo de dez dias contados de uma outra deliberação ou sua comunicação, de revogação de deliberações inválidas ou ineficazes (cf. artigo 1433.º, n.º 2). Tem o administrador igualmente o poder próprio de convocar a assembleia de condóminos, caso assim o entenda (cf. artigo 1431.º, n.º 2). No que diz respeito à assembleia convocada a requerimento de vinte e cinco por cento do capital investido (cf. artigo 1431.º, n.º 2), ou a requerimento de um qualquer condómino para recurso dos atos do administrador (cf. artigo 1438.º), não tendo obrigatoriamente, como atrás vimos, que ser convocada pelo administrador, nada impede que o seja, entendendo mesmo nós que será esta a situação preferencial.

ii) A função de executar as decisões da assembleia expressamente prevista na alínea h) do artigo 1436.º, levanta-nos problemas de duas ordens de razões. Por um lado estas deliberações têm obrigatoriamente que se refletir sobre as partes comuns e nunca sobre as frações autónomas, frações autónomas estas sobre as quais não cabem as competências do administrador⁷³⁹. Por outro lado, e tendo em atenção o atrás referido sobre a validade das deliberações da assembleia, é pertinente avaliar até que ponto uma deliberação inválida obriga o administrador a proceder à sua execução. Se é certo que o vício da anulabilidade só se levanta, no que diz respeito a este tipo de deliberações, se estiverem a ser postos em causa direitos disponíveis, não estando a deliberação a ser posta em crise por quem tem legitimidade para a impugnar, não se

⁷³⁹ No mesmo sentido LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 453, nota 2 e, no direito italiano, BRANCA, GIUSEPPE, *ob. cit.*, 1982, comentário ao artigo 1130.º.

perceberia como poderia, legitimamente, o administrador abster-se de lhe dar execução. Se estivermos perante uma decisão nula ou inexistente não nos parece, aqui, legítimo ao administrador executar essa deliberação, entendendo mesmo que está proibido de o fazer⁷⁴⁰. O administrador, com esta norma, vê a sua posição expressamente colocada num patamar de dependência da assembleia e de executor das suas deliberações. Esta dependência está limitada pela validade das mesmas e pelo objeto sobre o qual recaem, continuando o administrador, na execução da deliberação, com um campo de atuação própria⁷⁴¹.

iii) A função de prestar contas à assembleia, expressamente prevista na alínea a) do artigo 1436.º, é uma obrigação que decorre diretamente do facto da relação de todos os condóminos com o administrador recair na figura do mandato⁷⁴². Também no contrato de mandato é o mandatário obrigado a “...prestar contas findo o mandato ou quando o mandante as exigir...”⁷⁴³. Não estabelecendo o artigo 1436.º a periodicidade com que a prestação deve ser cumprida, parece-nos claro que o devemos conjugar com a disposição do artigo 1161.º, alínea d), estabelecendo dois diferentes tipos de prestações de contas, um ordinário e outro extraordinário. O primeiro, tendo presente o artigo 1431.º, n.º 1, deverá acontecer uma vez por ano, findo o mandato, na assembleia de discussão e aprovação das contas⁷⁴⁴. Extraordinariamente, consideramos ainda que, qualquer dos condóminos pode, a todo o tempo, exigir do administrador que este lhe preste, intermediamente, contas, sob pena de ser inócua a figura da exoneração do administrador, e de impedir, se outro fosse o entendimento, que pudesse existir um cabal controlo do representante por parte dos representados. A

⁷⁴⁰ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 326.

⁷⁴¹ O que acontece, por exemplo, se a assembleia deliberar incumbir o administrador de colocar ambientadores nos elevadores, restará a este a possibilidade de escolher a marca e a essência desses ambientadores.

⁷⁴² No caso de existir uma pluralidade de condóminos encarregues da administração mas um com carácter principal, competindo-lhe cobrar as receitas e efetuar as despesas, e os outros auxiliares, é ao primeiro, e exclusivamente a ele, que compete prestar contas, tal como decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 28 de Abril de 2009, n.º do documento, SJ200904280000182, onde conta do sumário que “...no caso de administração plural do condomínio, integrada por um administrador profissional executivo e por condóminos sem funções executivas, cabendo a estes apenas controlar genericamente a actividade daquele, auxiliá-lo se tal lhes for solicitado, assinar os cheques do condomínio (por aquele, por si só, o não poder fazer), verificar o orçamento e contas do exercício antes da sua submissão à assembleia, a obrigação de prestar contas deve apenas recair sobre quem cobra as receitas e efectua as despesas comuns, que é aquilo que constitui não só o núcleo da actividade de administração do condomínio como também o próprio objecto da acção de prestação de contas, tal como o define o art. 1014º do CPC....”.

⁷⁴³ Cf. artigo 1161.º, d).

⁷⁴⁴ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 328.

lei não estabelece a forma a que deve obedecer a prestação de contas, o que só pode significar que existe liberdade para essa forma. No entanto, e como refere Sandra Passinhas, “...as contas... ..poderão ser apresentadas em forma de conta-corrente, com a especificação da proveniência das receitas e da aplicação das despesas, bem como o respetivo saldo...” mas é essencial que “...sejam apresentadas de forma exata, ordenada e compreensível e, sobretudo, tanto quanto possível, documentadas...”⁷⁴⁵, ou seja, “...acompanhada de elementos justificativo...”, isto é, acompanhada de documentos cuja consulta deverá ser sempre facultada aos interessados, em qualquer momento do mandato.

A simples apresentação de contas numa assembleia de condóminos não é suficiente, ainda que terminado o mandato, para se considerar cumprida a obrigação, carecendo as mesmas de aprovação. Caso as mesmas não sejam aprovadas, continua o administrador obrigado à prestação, que pode reivindicada em sede judicial⁷⁴⁶.

As funções na relação com a assembleia de condóminos, inerentes à figura do mandato, implicam uma legitimação anterior ao administrador que não é, na nossa perspetiva, compatível com a figura de administrador provisório ou de administrador de facto, do que resulta serem funções exclusivas do administrador eleito nos termos do artigo 1435.º.

1.3.3.2.2. Funções com carácter financeiro

Funções com carácter financeiro são aquelas que, diretamente estabelecidas pela lei, resultam da atividade do condomínio que se possa traduzir em dinheiro, correspondendo às funções que permitem processar a previsão e execução das diversas receitas e despesas, através da responsabilidade pela elaboração do orçamento de receitas e despesas, cobrança das receitas, realização das despesas comuns e exigência dos condóminos das respetivas quotas-partes nas despesas aprovadas.

⁷⁴⁵ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 329.

⁷⁴⁶ No mesmo sentido decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 13 de Maio de 2003, do documento, SJ200305130009921, onde conta do sumário que “...se o administrador não apresentar as contas no período legal, ou tendo-as apresentado elas não foram aprovadas pela maioria, se a questão não for resolvida por acordo é evidente que... ..pode o administrador vir oferecê-las judicialmente, assim como o condomínio pode, pela mesma via, vir exigí-las, sendo o processo adequado, à falta da regulamentação específica, o processo especial de prestação de contas...”.

i) A obrigação de elaboração do orçamento de receitas e despesas, expressamente prevista na alínea b) do artigo 1436.º, consiste na obrigação por parte do administrador de, num documento, elencar a previsão de receitas e correspondente previsão de despesas que, uma vez aprovado pela assembleia de condóminos, passa a ter o valor de autorização. Na elaboração desse documento, está o administrador obrigado a ter em conta a realidade do prédio, a taxa de cumprimento dos diferentes condóminos no pontual pagamento das suas quotas-partes nos anos anteriores, as despesas extraordinárias que se possam prever, e os gastos com serviços e reservas legalmente obrigatórios.

Na opinião de Sandra Passinhas⁷⁴⁷, “...com a aprovação do orçamento, o administrador fica obrigado a informar a assembleia das decisões que tome no decurso da gestão que comportem despesas não contempladas no orçamento ou que terminou a execução do orçamento aprovado pelos condóminos...”, apoiando-se em igual opinião da doutrina italiana⁷⁴⁸. Não seguimos aqui, de uma forma fechada, esta opinião, porquanto entendemos que não seria prático nem exequível, uma vez que tem um mandato, o administrador ter que, em permanência, informar todos os condóminos de flutuações no orçado. Entendemos que, não obstante todas as variações terem, obrigatoriamente, que integrar a prestação de contas, parece-nos que, por sua iniciativa e sem requerimento de qualquer condómino, só existe a obrigação de iniciativa de informação nos casos em que a variação obrigue a alteração das prestações mensais dos condóminos durante a execução do orçamento do exercício em causa⁷⁴⁹. Quando não estejamos perante um administrador propriamente dito, mas sim de um administrador provisório ou de facto, não se pode considerar que exista a obrigação de elaborar orçamento até porque, como acontece na quase totalidade das situações, não existe qualquer um. Aqui, o administrador provisório não terá capacidade de cobrar receitas e pagar despesas aprovadas, mas tão-somente antecipar o pagamento das despesas ordinárias com base num fundo antecipado pelos condóminos ou com capitais próprios e, posteriormente, receber de cada um a sua quota-parte em cada uma das despesas pagas ou a pagar.

⁷⁴⁷ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 315.

⁷⁴⁸ Cf. MERZ, SANDRO, *ob. cit.*, pág. 236.

⁷⁴⁹ No mesmo sentido, LIMA, PIREZ e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 454, referem que “...dentro dos poderes de atuação concreta do administrador cabe a faculdade de se afastar do limite fixado por esta previsão (das despesas), pelo menos para ocorrer às reparações indispensáveis urgentes (art. 1427.º)...”.

ii) A obrigação de cobrança das receitas, expressamente prevista na alínea d) do artigo 1436.º, trata-se de efetiva cobrança de receitas do condomínio e não cobrança da quota-parte das despesas aprovadas que cabe a cada condómino (ocupando-se disso a alínea e) do mesmo artigo). Serão apenas as receitas próprias de todos na sua relação, conjunta, com terceiros, como por exemplo as receitas do arrendamento de uma parte comum, da utilização da parede exterior do prédio para publicidade de terceiros, dos lucros relativos ao arrendamento ou cedência de direito de superfície para colocação das vulgares “antenas de telemóveis”, etc.

iii) A obrigação de realização das despesas comuns, expressamente prevista na alínea d) do artigo 1436.º, refere-se às despesas ordinárias do condomínio, nomeadamente água, eletricidade, limpeza e eventuais custos de pessoal. Para Sandra Passinhas, “...o ex-administrador que tenha desembolsado alguma quantia no interesse do condomínio, uma vez cessadas as suas funções, não pode agir contra os condóminos individuais, inadimplentes do pagamento das respetivas quotas, devendo agir, para obter o reembolso das somas por ele antecipadas contra o novo administrador, enquanto legal representante do condomínio...”⁷⁵⁰. Neste ponto, em particular, apenas concordamos no que diz respeito ao administrador propriamente dito, e já não em relação ao administrador provisório ou de facto. Em relação a este, entendemos, como seguidamente melhor veremos, que é contra cada um dos condóminos em particular, e no montante da sua quota-parte, que deve agir.

iv) A obrigação de exigência dos condóminos das respetivas quotas-partes nas despesas aprovadas, expressamente prevista na alínea e) do artigo 1436.º, obriga-nos desde logo, e em consonância com o já anteriormente referido, a distinguir a situação do administrador propriamente dito, da do administrador de facto ou provisório. Em relação ao segundo, e tendo em atenção, como vimos, que não existiu orçamento aprovado, não existiram também despesas pré-aprovadas. Este administrador de facto não tem legitimidade para exigir dos condóminos quotas-partes de despesas para entrarem num bolo comum, gerindo o dinheiro existente para fazer face às despesas, mas, em relação a cada despesa em concreto por ele paga ou na iminência do prazo

⁷⁵⁰ PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 317.

para pagar, pode exigir a cada um, fora do âmbito desta norma, a sua quota-parte da despesa em concreto, sendo esta exigência repetida tantas vezes quantas as despesas, em concreto, que a totalidade dos condóminos têm que suportar. A função em apreço é, assim, uma função, em regra, exclusiva do administrador propriamente dito e, excepcionalmente, do administrador provisório, nas raras situações em que este administre com base num orçamento aprovado⁷⁵¹.

Posto isto, o administrador tem, por esta norma, a capacidade e a função de exigir de cada condómino a sua correspondente quota-parte do orçamento das despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício e das despesas relativas aos serviços de interesse comum. A forma comum de atuação, e porque não nos parece comum que os condóminos por si calculem, em função do último orçamento aprovado, a sua quota-parte mensal, bimensal, trimestral ou anual, procedendo ao pagamento desse valor. O que aconselha a prudência é que, num prazo razoável antes da data de vencimento da prestação, o administrador se dirija a cada um dos condóminos, por escrito, indicando o valor a ser liquidado e o prazo para o pagamento. Falhado o pagamento voluntário da prestação por parte do condómino, terá o administrador que recorrer à via judicial.

Nos termos do n.º 1 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, “...a ata das reuniões da assembleia de condóminos que tiver deliberado o montante das contribuições devidas ao condomínio ou quaisquer despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns e ao pagamento dos serviços de interesse comum, que não devam ser suportadas pelo condomínio, constitui título executivo contra o proprietário que deixar de pagar, no prazo estabelecido, a sua quota-parte...”⁷⁵², podendo-se ainda recorrer a um julgado de paz para, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, alínea c), “...ações resultantes de direitos e deveres de condóminos, sempre que a respetiva assembleia não tenha deliberado sobre a obrigatoriedade de compromisso arbitral para a resolução de litígios entre condóminos ou entre condóminos e o administrador...”. A ação é proposta contra o condómino, proprietário da fração, em falta⁷⁵³.

⁷⁵¹ Tal situação pode acontecer, por exemplo, se o administrador eleito falecer e a administração for assumida pelo proprietário da fração a que corresponder maior percentagem do capital total do prédio.

⁷⁵² Sendo assim admissível como título executivo em processo civil, com a conjugação do artigo n.º 703.º, n.º 1 d) do Código de Processo Civil.

⁷⁵³ Ainda que a fração se encontre arrendada com acordo que preveja que as despesas correntes necessárias à fruição das partes comuns do edifício e ao pagamento dos serviços inerentes comuns

É pertinente verificar quem é responsável pelo pagamento de prestações em dívida, quando um condômino aliena a terceiro a sua fração deixando por pagar contribuições devidas ao condomínio. A questão da eventual ambulatoriedade que as dívidas ao condomínio pudessem ter, como obrigações reais, *propter rem*, inerentes à fração foi desde logo afastada por Henrique Mesquita que defendeu que “...*tratando-se de prestações destinadas a custear despesas habituais originada pela utilização de serviços ou pelo consumo de bens necessários a assegurar a funcionalidade normal do condomínio, seria... ...injusto fazê-las recair sobre o adquirente da fração... [pois] ...por um lado, este não disporia... ...de quaisquer elementos objetivos que revelassem ou indicassem a existência das dívidas...[e] ...por outro lado, tais prestações representam, em regra... ...a contrapartida de um uso ou fruição... ...que couberam ao alienante...*”⁷⁵⁴.

Concordando em absoluto com o primeiro argumento do autor citado, afastamo-nos, no entanto, e *à contrário*, do segundo, pois consideramos que o benefício de, por exemplo, uma inovação concluída imediatamente após a alienação da fração pode ter sido paga pelo alienante, e virá, necessariamente, apenas a ser gozada pelo agora adquirente.

Em nossa opinião, e no que diz respeito às dívidas *propter rem* a propósito das frações, são elas ambulatorias, não quanto à obrigação de pagamento, mas sim em relação à totalidade do processo de assunção da dívida. Pode acontecer que um adquirente de uma fração, sem nada lhe ter sido dito⁷⁵⁵, veja uma obra que ele não contava vir a pagar, a iniciar-se com a aprovação, em data anterior à compra e venda, do alienante da sua fração em assembleia de condôminos. Aqui não se trataria de “transmissão” da dívida, mas sim de transmissão da futura responsabilidade por ela. Obviamente que se após a aprovação do orçamento pela assembleia de condôminos, for alienada uma fração, não são apenas transmitidas, para o adquirente, todas as obrigações das despesas inerentes à utilização que, nos termos aprovados pelo anterior, vai ser feita por si, mas necessariamente também aquelas despesas

ficam a cargo do arrendatário, por este acordo ser inoponível ao condomínio. Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 318.

⁷⁵⁴ Cf. MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *Obrigações Reais e Ónus Reais* (Reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997, pág. 321 e 322.

⁷⁵⁵ Nem sequer tinha a faculdade de requerer ao administrador que este lhe facultasse as atas das assembleias de condôminos, salvo se fosse titular de um contrato-promessa que lhe conferisse o direito a adquirir, por força do n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, que estabelece que “...*compete ao administrador, ainda que provisório, guardar as atas e facultar a respetiva consulta, quer aos condôminos, quer aos terceiros ...[titulares de direitos relativos às frações]...*”.

extraordinárias relativas a benfeitorias e obras. Pelo que, a nosso ver, o responsável pelo pagamento das despesas é o proprietário da fração no momento da liquidação. Após a venda, o alienante vai continuar devedor de todas as obrigações *propter rem* relativas à fração vencidas até ao momento da alienação, e o adquirente será responsável, independentemente de no momento da autorização das despesas ser ou não ele o proprietário, por todas as despesas que se vençam após a transmissão da propriedade da fração⁷⁵⁶.

Impõe-se agora também, e na sequência do atrás visto, saber o que pode fazer o administrador no caso de se estar a tornar muito difícil cobrar as quotas-partes de despesas aprovadas a determinado condómino, ou mesmo, no caso de um condómino abraçar a condição de insolvente. Para Pires de Lima e Antunes Varela⁷⁵⁷, “...se, ao exigir dos condóminos a sua quota-parte das despesas aprovadas, o administrador verificar que algum deles se encontra insolvente, haverá que dar conta do facto aos outros, para deles poder exigir, na proporção das suas quotas, o preenchimento da quota do insolvente...”. Rui Miller⁷⁵⁸ pretende atenuar esta transferência imediata de responsabilidade para os outros condóminos afirmando que “...todavia, enquanto o condómino tiver essa qualidade, a sua responsabilidade pela quota-parte das despesas comuns subsiste... ...sendo exigível nos termos gerais ou, no caso de insolvência, nos do respetivo processo...”.

A nossa posição, na sequência do anteriormente referido, é um pouco diferente, sendo mesmo nossa opinião que uma deliberação tomada por uma assembleia que transferisse a responsabilidade do pagamento das quotas-partes dos faltosos, ainda que transitoriamente, para os cumpridores, seria ineficaz em relação a todos os condóminos que a não tivessem aprovado.

No entanto, não se pense que entendemos que o próprio condomínio, perante uma factualidade destas, ficaria insolvente. O que acontece é que, com a carência de

⁷⁵⁶ No mesmo sentido decidiu o Tribunal da Relação do Porto, em acórdão de 09 de Julho de 2007, n.º do documento, RP200707090753550, bem como o Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão de 02 de Fevereiro de 2006, n.º do processo, 364/2006-6. Solução diferente foi encontrada pelo direito espanhol, que no terceiro parágrafo da alínea e) do artigo 9.º da Ley de Propiedad Horizontal, estabelece que “...el adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y a los tres años naturales anteriores. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación...”.

⁷⁵⁷ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 454, nota 4.

⁷⁵⁸ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 318 e 319.

alguns pagamentos, o condomínio pode ficar numa situação de impossibilidade de cumprimento pontual das suas obrigações. Perante isto, é obrigação do administrador convocar uma assembleia, não com o objetivo de deliberar a repartição pelos outros das quotas-partes dos condóminos faltosos, mas sim reforçar o orçamento do condomínio que, em face da realidade, se está a mostrar escasso. Esse reforço não é feito apenas à custa dos cumpridores, mas em função das quotas de todos, verificando-se que, com isso, não há uma repercussão de obrigações entre condóminos, já que os faltosos veem a sua dívida engrossar sucessivamente, e os prazos de prescrição a recomeçarem a cada vencimento, o que, em última análise, reforça parcialmente as garantias dos condóminos cumpridores.

As funções com carácter financeiro, não seriam apenas inerentes à figura do mandato, o que implicaria, como antes vimos, uma legitimação anterior, mas poderiam até corresponder à figura do gestor de negócios e são, como tal, na nossa perspetiva, compatíveis com a figura de administrador provisório o de administrador de facto, do que resulta não serem funções exclusivas do administrador, propriamente dito, eleito nos termos do artigo 1435.º.

1.3.3.2.3. As funções autónomas do administrador

As funções autónomas do administrador são funções que, resultando diretamente da lei, não estabelecem atribuições ou poderes de carácter financeiro, nem existem no âmbito do direto relacionamento com assembleia de condóminos.

Correspondendo às funções de *i)* verificar a existência de seguro obrigatório contra o risco de incêndio, propondo à assembleia o montante do capital seguro, *ii)* as de praticar atos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns, *iii)* as de elaboração de regulamento e regulamentar o uso das coisas comuns e a prestação dos serviços de interesse comuns, *iv)* as de representação do conjunto dos condóminos perante autoridades administrativas, *v)* as de legitimidade indireta para agir em juízo, *vi)* as de assegurar a execução do regulamento e das disposições legais e administrativas relativas ao condomínio, *vii)* as de guardar e manter todos os documentos que digam respeito ao condomínio, *viii)* as de assegurar a publicitação das regras respeitantes à segurança do edifício e, *ix)* as de facultar cópia do regulamento aos terceiros titulares de direitos relativos às frações.

i) A obrigação de verificar a existência de seguro obrigatório contra o risco de incêndio, propondo à assembleia o montante do capital seguro, expressamente prevista na alínea c) do artigo 1436.º, corresponde a uma alteração legislativa perpetrada pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, que veio alterar o texto original que estabelecia que era função do administrador “...efetuar e manter o seguro do edifício contra o risco de incêndio...”. O que aconteceu com esta alteração legislativa, que se estendeu ao artigo 1429.º⁷⁵⁹, foi inverter a ordem de iniciativa na elaboração do seguro obrigatório que passou da responsabilidade primária do administrador e subsidiária dos condóminos, para primária dos condóminos e apenas subsidiária do administrador, ao mesmo tempo que, expressamente, enumerou que a obrigatoriedade do seguro do edifício recai, quer sobre as partes comuns, quer sobre as frações autónomas, afastando assim controvérsia anterior que admitia só ser obrigatória a realização do seguro quanto às partes comuns⁷⁶⁰.

A expressa obrigatoriedade de efetuar seguro contra incêndio em relação a todas as partes do edifício tem a clara vantagem de, em caso de incêndio com destruição total, facilitar a possibilidade de reconstrução. Por isso mesmo, a nosso ver, estabelece a lei⁷⁶¹ que é competência do administrador propor à assembleia o montante do capital seguro, pois, tendo em conta que o montante máximo do capital seguro é o da reconstrução do edifício como um todo, não obstante ter que ser a assembleia a aprovar o valor, deve providir a proposta da pessoa mais apta a recolher as informações do prédio na sua totalidade.

Nos termos do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, o seguro contratado carece de uma atualização anual, cuja competência cabe à assembleia de condóminos⁷⁶². No caso de a assembleia não aprovar o montante de atualização, deve o administrador atualizar o seguro de acordo com o índice publicado

⁷⁵⁹ Antes da alteração do Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, era a seguinte a redação do artigo 1429.º “1. É obrigatório o seguro do edifício contra o risco de incêndio. 2. Qualquer dos condóminos pode efetuar o seguro quando o administrador o não tenha feito, ficando com o direito de reaver de cada um dos outros a parte que lhe couber do prédio”. Com a alteração a redação passou a ser: “1. É obrigatório o seguro contra o risco de incêndio do edifício, quer quanto às frações autónomas, quer relativamente às partes comuns. 2. O seguro deve ser celebrado pelos condóminos; o administrador deve, no entanto, efetuá-lo quando os condóminos o não o hajam feito dentro do prazo e pelo valor que, para o efeito, tenha sido fixado em assembleia; nesse caso, ficará com o direito de reaver deles o respetivo prémio.”

⁷⁶⁰ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 441, nota 2.

⁷⁶¹ Cf. artigo n.º 1436.º, c), última parte.

⁷⁶² Cf. artigo 5.º, n.º2, do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro.

trimestralmente pelo Instituto de Seguros de Portugal⁷⁶³. É a nosso ver claro, que a assembleia não está obrigada a atualizar o capital seguro aumentando necessariamente o mesmo. Ela tem é que deliberar, obrigatoriamente sobre ele, podendo ir a deliberação no sentido de o aumentar, manter ou reduzir. O administrador só poderá proceder à atualização subsidiária se a proposta por si apresentada, ou qualquer outra aventada na assembleia caso a sua seja recusada, não lograr obter aprovação.

ii) A obrigação de praticar os atos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns, expressamente prevista na alínea f) do artigo 1436.º, corresponde a uma dupla função, pois tanto pode corresponder à prática de atos materiais para conservação da coisa comum, como pode também corresponder à prática de atos jurídicos. Em ambos os casos, esta prática de atos, dada a sua natureza conservatória, só pode acontecer se o direito que se visa acautelar ainda não estiver posto em causa, o que limita esta função à prática de atos preventivos.

No caso dos atos materiais, serão estes os que se destinem à manutenção da integridade da coisa comum, podendo ser ordinários, no caso, por exemplo, de obras sazonais de manutenção, ou extraordinários, como a reparação de umas telhas soltas que ameaçam cair sobre vitrais comuns do edifício⁷⁶⁴, ou ainda de ação direta nos termos do artigo 1277.º.

No caso dos atos jurídicos, nas palavras de Henrique Mesquita⁷⁶⁵, serão “...atos que nada resolvem em definitivo, que não comprometem o futuro, e que apenas visam manter uma coisa ou um direito numa dada situação...”. Podendo, nos termos do n.º 1 do artigo 1437.º, o administrador, agir em juízo quando autorizado pela assembleia, significa que está criado um regime de exceção em que, para acautelar um direito, o administrador não carece dessa prévia autorização. Estaremos então aqui a falar de legitimidade própria para intentar uma ação preventiva, que não pode ser diferente das ações de: defesa de posse; de prevenção (artigo 1276.º); defesa judicial (artigo 1277.º, segunda parte); restituição de posse, com consequente interrupção do da contagem dos prazos de usucapião de terceiro (artigos 1278.º e 1279.º); e respetivas providências cautelares. No caso específico da providência cautelar, que obrigará à posterior ação principal, se esta se destinar não a manter um

⁷⁶³ Cf. artigo 5.º, n.º3, do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro.

⁷⁶⁴ No mesmo sentido, NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 367 e 368.

⁷⁶⁵ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 132, nota 124.

direito, mas a reconhecer um ou a reconstituí-lo, já não estaremos no âmbito da exceção, mas sim do regime regra, e o administrador que pôde agir por si no procedimento cautelar carecerá, na ação principal, de autorização da assembleia de condóminos⁷⁶⁶. Naturalmente que esta norma se justifica pelo facto de a celeridade exigida num procedimento cautelar não se compatibilizar com a demora na convocação de uma assembleia que autorizasse o administrador a atuar, mas, essa demora já em nada prejudica a propositura da ação principal que, como sabemos, só tem que ser proposta após ser decretada a providência.

Entendemos que esta norma, de carácter excecional, não comporta interpretação extensiva para outros casos em que a atuação judicial do administrador estivesse no âmbito da administração ordinária, como seria o caso da situação prevista no artigo 1225.º, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro⁷⁶⁷, ainda que os prazos de garantia só comecem a correr depois da constituição do condomínio numa primeira assembleia de condóminos – momento em que o vendedor entrega o prédio à assembleia de condóminos, ou seja, no momento a partir do qual o vendedor deixa de ter poder para determinar ou influir sobre o curso das decisões dos condóminos constituídos em assembleia de interesses autónomos e identificados com os interesses comuns⁷⁶⁸ – não obstante não ter sido até hoje, nem a jurisprudência nem a doutrina⁷⁶⁹, uniformes quanto a esta matéria⁷⁷⁰.

iii) A obrigação de elaboração do regulamento do condomínio e de regulamentar o uso das coisas comuns, assim como a prestação dos serviços de interesse comuns, está expressamente prevista em duas normas diferentes, no n.º 2 do artigo 1429.º-A e na alínea g) do artigo 1436.º. Administrar, tal como o nome indica, será a primeira função do administrador que consiste em dirigir os próprios negócios

⁷⁶⁶ No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27 de Março de 1984, n.º convencional: JTRL00029225

⁷⁶⁷ Estabelece o n.º 1 do artigo 1225.º que, no caso de imóveis destinados a longa duração, “...no decurso de cinco anos a contar da entrega, ou no decurso do prazo de garantia convencionado, a obra, por vício do solo ou de construção, modificação ou reparação, ou por erros na execução dos trabalhos, ruir total ou parcialmente, ou apresentar defeitos, o empreiteiro é responsável pelo prejuízo causado ao dono da obra ou a terceiro adquirente...”.

⁷⁶⁸ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Novembro de 2011, n.º do processo: 121/07.TBALM.L1.S1

⁷⁶⁹ Em sentido contrário PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 323, que cita mesmo um acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16 de Maio de 2000 (nota 778).

⁷⁷⁰ No mesmo sentido Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06 de Novembro de 2012, n.º do processo: 2562/08.5TBLRA-C1

ou negócios alheios.⁷⁷¹ No caso específico do condomínio, e gerindo os interesses de todos os condóminos no que às partes comuns diz respeito, o administrador não é um mero executor de ordens da assembleia, da lei, do título constitutivo e do próprio regulamento, sob pena de, por um lado, não existir especificidade da norma prevista na alínea g), das previstas na alíneas h) e l), e por outro, para qualquer decisão discricionária, ser obrigado a, constantemente, convocar assembleias de condóminos, já tão pouco frequentadas com uma assiduidade anual.

No âmbito do uso, fruição e conservação das partes comuns, nenhum sentido faria que o administrador não tivesse, em tudo o que não estivesse regulado, ou pela assembleia deliberado, poder discricionário de conformação. Obviamente que a gestão dos turnos de limpeza, os horários dos porteiros ou a periodicidade da jardinagem, não constando de deliberação da assembleia, cabe no poder de decisão do administrador o que, se por absurdo não acontecesse, poderia tornar a vida no condomínio impossível.

No entanto, claro é que este poder discricionário do administrador existe de uma forma supletiva em relação ao regulamentado e deliberado, podendo, a qualquer momento, a assembleia anular um ato do administrador, ou mesmo, simplesmente, deliberar em sentido contrário dele.

Com a norma, já anteriormente referida⁷⁷², do artigo 1429.º-A, o legislado foi mais além no que diz respeito ao poder de regulamentação do administrador. Não só lhe permitiu, como na alínea g) do 1436.º, regulamentar, como também, o obrigou, no caso aí previsto e se a assembleia não o tivesse feito, a criar um documento que compilasse essas decisões discricionárias. Se outro motivo não existisse, pelo menos pela interpretação enunciativa do artigo 1429.º-A, sempre poderia o administrador proceder à regulamentação casuística.

Assim o administrador, existindo ou não existindo regulamento – quer inserido no título constitutivo, quer aprovado por deliberação da assembleia de condóminos, quer produzido por si próprio –, tem sempre a possibilidade de regulamentar, no que for omissivo, o uso, fruição e conservação das partes comuns, não carecendo para isso de qualquer deliberação da assembleia.

⁷⁷¹ Cf. Dicionário de Língua Portuguesa, 5ª edição, Porto Editora, pág. 37.

⁷⁷² Cf. Capítulo IV, 1.2.2.

iv) A representação do conjunto dos condóminos perante autoridades administrativas, expressamente prevista na alínea i) do artigo 1436.º, corresponde a uma introdução no artigo perpetrada pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, que refere a dada altura do seu preâmbulo que “...*modificaram-se algumas normas... e explicitaram-se outras, em matéria da organização do condomínio, com a finalidade de alcançar soluções mais eficientes, ajustadas a uma administração que, por via de regra, é levada a cabo por condóminos sem preparação profissional específica e destituídos de experiência de gestão...*”.

A nosso ver, com esta alteração, o legislador pretendeu, por um lado, agilizar todos os requerimentos que teriam que ser feitos, a bem das partes comuns, em relação a autoridades administrativas por todos os titulares, ou munido de poderes atribuídos de representação, por parte de um deles ou do próprio administrador (que assim, agora, podem ser feitos imediatamente por este sem necessitar de reunir a assembleia para o efeito), e, por outro lado, permitir que as notificações feitas aos condóminos a respeito das partes comuns do prédio, no lugar de se terem que repetir individualmente por todos – com os riscos de atrasos que uma só falta de notificação poderia acarretar – sejam feitas na pessoa do administrador, considerando-se todos, nele, notificados, ficando obrigado, no entanto a dar conhecimento individual a cada um do conteúdo da mesma⁷⁷³.

Sendo sistematicamente coerente, em inúmeros locais, previu continuamente o legislador, ser o administrador do condomínio suficiente para efeitos de notificação administrativa, como previsto no artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 268/94.

v) A legitimidade indireta para agir em juízo, expressamente prevista no artigo 1437.º, corresponde a uma capacidade de representação do condomínio em juízo, por parte do administrador, tendo que ser avaliada, separadamente, no âmbito da legitimidade ativa e passiva do administrador.

No que diz respeito à legitimidade ativa, o n.º 1 do artigo 1437.º estabelece que “...*o administrador tem legitimidade para agir em juízo, quer contra qualquer dos condóminos quer contra terceiro, na execução das funções que lhe pertencem ou quando autorizado pela assembleia...*”. Nesta norma, o legislador cria dois campos de atuação diferentes do administrador: um por direito próprio, inderrogável, e outro

⁷⁷³ Cf. artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro.

mediante autorização que, por maioria de razão, poderá ser revogada pela mesma assembleia que a autorizou.

Esta legitimidade para agir em juízo, por parte do administrador, resulta desde logo de – não obstante, como anteriormente foi visto, a falta de personalidade jurídica do condomínio – o artigo 12.º, alínea e), do Código de Processo Civil estender a personalidade judiciária ao condomínio resultante da propriedade horizontal, relativamente às ações que se inserem no âmbito dos poderes do administrador, e de, o artigo 26.º do mesmo Código, ordenar que a representação dos patrimónios autónomos, que careçam de personalidade jurídica, seja feita pelo seu administrador.

Em relação à legitimidade por direito próprio, na execução das funções que lhe pertencem, verificamos que este poderá, sem qualquer tipo de autorização, propor ações emergentes das funções que o artigo n.º 1436.º lhe atribui. Assim, tem legitimidade própria para as ações destinadas a cobrar receitas (artigo 1436.º, d), destinadas a exigir dos condóminos a sua quota-parte das despesas aprovadas (artigo 1436.º, e), bem como de assegurar a execução do regulamento e das disposições legais e administrativas relativas ao condomínio (artigo 1436.º, l). Ao mesmo tempo, também tem, como atrás vimos, legitimidade para propor ações que configurem atos conservatórios dos direitos relativos a bens comuns (artigo 1436.º, f), nomeadamente procedimentos cautelares, mas fica aqui dependente de autorização da assembleia para poder propor a ação principal, se a mesma se destinar, não a conservar um direito, mas sim a reparar ou indemnizar em virtude da violação do mesmo⁷⁷⁴.

Fora dos casos de legitimidade por direito próprio, é ainda legítimo ao administrador agir em juízo, quando autorizado pela assembleia. No entanto, não pode a assembleia autorizar o administrador para além das suas próprias competências, o que limita esta legitimidade indireta às ações que estejam diretamente ligadas às partes comuns do edifício. Ficam assim, desde logo, excluídas as ações cujo objeto assente nas frações autónomas (como ações emergentes do facto de um condómino estar a dar fim à sua fração diferente daquele a que ela se destina, ou fim ofensivo dos bons costumes), ou mesmo relativas à sua garantia de construção, das próprias frações⁷⁷⁵. A autorização pode então existir para qualquer ação que, por

⁷⁷⁴ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 22 de Outubro de 1996, n.º convencional JTRP00018310

⁷⁷⁵ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 19 de Junho de 2007, n.º do documento 07A1454

exemplo, pretenda a reposição da linha arquitetónica de parte comum do prédio, através da demolição de uma marquise⁷⁷⁶.

No caso de o administrador carecer de autorização para propor a ação e o faça sem a mesma, o juiz notificá-lo-á para, dentro de prazo determinado, se munir dessa autorização – sendo para isso necessário realizar uma assembleia de condóminos para o efeito – sem a qual o réu será absolvido de instância, tal como prevê o artigo n.º 29.º do Código de Processo Civil⁷⁷⁷.

Está também excluída, da legitimidade do administrador, a propositura de ações tendentes a impugnar deliberações da assembleia, por essa impugnação possuir um regime de exceção previsto no artigo n.º 1433.^{o778}, conforme foi visto no local próprio⁷⁷⁹.

No que diz respeito à legitimidade passiva, são de absoluta relevância os números 2 e 3 do mesmo artigo. O regime regra, previsto no n.º 2, estabelece que “...o administrador pode também ser demandado nas ações respeitantes às partes comuns do edifício...”, consignando como exceção, no seu n.º 3, “...as ações relativas a questões de propriedade ou posse dos bens comuns, salvo se a assembleia atribuir, para o efeito, poderes especiais ao administrador...”.

Assim, optou o legislador por tornar mais fácil demandar o representante do condomínio do que todos os condóminos individualmente, ficando, o administrador, obrigado a dar conta dessa demanda aos condóminos. No caso das ações que visem a propriedade, ou, conseqüentemente, qualquer outro direito real de gozo, ou a posse dos bens comuns, tratando-se de ações que colocam em causa o próprio objeto sobre o qual recai o direito real de cada condómino, terá obviamente que, cada um deles ser demandado singularmente. A possibilidade que a lei abre de, se autorizado, o administrado, poder, ele próprio ser demandado, permite, após a citação, concentrar a defesa de todos numa só coletiva, o que igualmente sucede caso haja anterior autorização genérica, nomeadamente em sede de título constitutivo ou respetivo regulamento, o que torna mais célere a defesa de todos.

No que diz respeito à impugnação de deliberações da assembleia de condóminos, o administrador também não tem legitimidade passiva para intervir nas

⁷⁷⁶ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 23 de Março de 2012, n.º do processo: 6862/10.6TBALM.L1-6

⁷⁷⁷ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 4 de Outubro de 2007, n.º do processo: 07B1875

⁷⁷⁸ No mesmo sentido, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 6 de Novembro de 2008, n.º do processo: 08B2784

⁷⁷⁹ Cf. Capítulo IV, 1.3.

respetivas ações, tendo que ser a ação proposta, nos termos do artigo n.º 1433.º, contra todos os condóminos que tenham aprovado a deliberação⁷⁸⁰.

Dada a natureza da função de representação judicial do administrador, obviamente que não se tratando de mera gestão, mas obrigando a preparar posição judicial, mandar advogado, e pagar despesas, não cabe nas funções de um administrador provisório ou de facto.

vi) A obrigação de assegurar a execução do regulamento e das disposições legais e administrativas relativas ao condomínio, expressamente prevista na alínea l) do artigo 1436.º, corresponde a uma obrigação relativamente recente que foi introduzida na lei pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro.

Até à entrada em vigor desta alteração legislativa, era pacífico na doutrina o entendimento de que as funções do administrador “*se reporta(vam) apenas às coisas comuns e aos serviços de interesse comum...*”⁷⁸¹. Com a alteração passou a ser questionado se não estaria agora, a função de garantir, fiscalizando e reagindo, judicial ou extrajudicialmente, a execução, de regulamentos e demais disposições, do administrador, para além dos limites das partes comuns, podendo fiscalizar nomeadamente, se as frações autónomas estão a ser utilizadas de acordo com o disposto no título constitutivo⁷⁸².

Sabendo que um condomínio poderá ter regulamentos de dois conteúdos diferentes, ou apenas destinados a disciplinar o uso, a fruição e a conservação das partes comuns (artigo 1429.º-A, n.º 1), ou destinados a disciplinar o uso, fruição e conservação, quer das partes comuns, quer das frações autónomas (artigo 1418.º, n.º 2, b)), é pacífico, no primeiro caso, que estas funções do administrador não extravasariam os limites das partes comuns, mas já não o é quando se executa um regulamento com regras também para as frações autónomas. No nosso entendimento, o próprio texto da norma, ao terminar com a referência “*...relativas ao condomínio...*”, está a limitar esta fiscalização/ação às regras que se extravasem as frações, necessariamente no âmbito das partes comuns, não criando assim uma exceção à norma do artigo 1430.º n.º 1, que limita à administração das partes comuns, a competência, quer da assembleia, quer do administrador.

⁷⁸⁰ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 29 de Novembro de 2006, n.º do processo: 06A2913

⁷⁸¹ Cf. LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 453, nota 2.

⁷⁸² Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 329.

Assim, não acompanhamos Sandra Passinhas no entendimento de que esta norma “...é a base legal necessária para quem pretenda atribuir poderes quase ilimitados ao administrador, tornando-o um guardião da legalidade do edifício...”⁷⁸³, entendendo apenas que o administrador fica apenas investido no poder de observar violações às regras legais, administrativas ou regulamentares que afetem as partes comuns, quer recorrendo a meios persuasivos, quer mesmo recorrendo a juízo.

A influência sobre as partes comuns não significa, que a violação não possa ocorrer também dentro das frações, mas tem que produzir efeitos diretos e concretos nas partes comuns, o que acontece, por exemplo, se o regulamento constante do título constitutivo proíba a detenção de cães nas frações, o que não legitima, de imediato, o administrador para atuar caso um condómino adquira um cão – pois aí apenas estão em causa os limites do próprio direito de cada proprietário – mas já o legitima, caso o barulho do cão a ladrar se expanda por todo o edifício⁷⁸⁴.

Dada a natureza da função, fiscalizadora e ativa, quer judicial, quer extrajudicial, do administrador, obviamente que, não se tratando de mera gestão, também aqui não cabe nas funções de um administrador provisório ou de facto.

vii) A obrigação de guardar e manter todos os documentos que digam respeito ao condomínio, expressamente prevista na alínea m) do artigo 1436.º, corresponde a um dever geral de guarda que é desenvolvido nos artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro. Assim, fica o administrador obrigado a guardar todos os comprovativos de despesas, de receitas, de ações judiciais, de notificações administrativas⁷⁸⁵ e demais documentação corrente, que ao longo do seu mandato vá acumulando àquela que haja transitado dos mandatos anteriores, onde se incluem também as atas das assembleias de condóminos, facultando, no caso destas, a sua consulta, quer aos condóminos, quer a terceiros titulares de direitos relativos às frações⁷⁸⁶.

Ao mesmo tempo, e já não se referindo aqui a documentação ordinária, fica também obrigado, o administrador, a guardar as cópias autenticadas dos documentos

⁷⁸³ Cf. PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 329.

⁷⁸⁴ No mesmo sentido acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 10 de Fevereiro de 2004, n.º convencional JTRP00036187

⁷⁸⁵ Cf. artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro.

⁷⁸⁶ Cf. artigo 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro.

utilizados para instruir o processo de constituição da propriedade horizontal, designadamente do projeto aprovado pela entidade pública competente.⁷⁸⁷

A nosso ver, o prazo dentro do qual se mantém a obrigação de guarda dos documentos, se for relativo a atas ou documentos que sustentem a própria propriedade horizontal, é o mesmo prazo em que a propriedade horizontal exista, ou seja, enquanto existir nesse edifício ou conjunto de edifícios propriedade horizontal, esta obrigação mantém-se. No que toca à obrigação de guarda de documentação ordinária, incluindo a contabilística, entendemos que o prazo da obrigação é de dez anos, nos termos do artigo 118.º n.º 2 do Código de IRS.

Esta obrigação de guarda de documentos incumbe, tanto ao administrador como ao administrador provisório, pois o mesmo está previsto, pelo menos no que às atas diz respeito, e nenhum motivo se encontra para que igual obrigação não exista em relação à restante documentação, no n.º 3 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro.

viii) A obrigação de assegurar a publicitação das regras respeitantes à segurança do edifício ou conjunto de edifícios, designadamente à dos equipamentos de uso comum, expressamente prevista no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, no qual se inclui as regras dos equipamentos de segurança propriamente ditos, de uso necessariamente comum, como extintores, mangueiras, saídas de emergência, sinais de alarme, como as regras de utilização de equipamentos que, não destinados diretamente à segurança, têm no entanto perigosidade associada à sua utilização, como piscinas, parques infantis, ginásios e até mesmo garagens e elevadores.

A obrigação que daqui resulta é uma obrigação indireta da legislação referente a cada equipamento individualmente considerado. Onde a lei disser que o responsável terá que possibilitar determinada informação de segurança, por força desta norma, entende-se que responsável é o administrador do condomínio, onde se inclui, tratando-se de uma obrigação da qual depende a segurança das pessoas, o administrador provisório ou de facto.

⁷⁸⁷ Cf. artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro.

ix) A obrigação de facultar cópia do regulamento aos terceiros titulares de direitos relativos às frações, expressamente prevista no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, a par da já vista obrigação de facultar a consulta das atas aos mesmo terceiros, prevista no n.º 3 do artigo 1.º do mesmo diploma, é uma obrigação que reflete os efeitos externos que a própria dinâmica do condomínio vai produzindo.

Com efeito, reforçando a necessidade de alguma reserva das regras internas do condomínio – não nos esqueçamos que falamos, na maioria das vezes, das residências das pessoas que têm direito à reserva da sua intimidade e à segurança que o conhecimento geral de terceiros poria em causa – ao prever taxativamente em que circunstâncias existe o dever de divulgação, a lei, *a contrario*, está a estabelecer uma não obrigação de divulgação, que pode mesmo ser proibição⁷⁸⁸, do conteúdo desses documentos a terceiros.

No que diz respeito aos terceiros que podem beneficiar destas informações, serão estes quaisquer titulares de direitos reais, pessoais de gozo, ou qualquer outro obrigacional, que possa justificar um interesse legítimo no conhecimento, onde se incluem, não os interessados na aquisição de uma fração, mas os titulares de contrato promessa, ainda que sem eficácia real.

Por força da lei, neste caso concreto, e pelo mesmo vir vertido em ambas as normas referidas, também o administrador, de facto ou provisório, está sujeito às obrigações tratadas neste ponto.

1.3.3.3. Eficácia dos atos do administrador

Dos atos do administrador cabe, nos termos do artigo 1438.º, recurso para a assembleia. Atentas as funções do administrador anteriormente referidas, motivação pode existir para um condómino recorrer de um seu ato, tanto nos casos deste atuar em desconformidade com deliberações da assembleia de condóminos, nos casos de praticar atos que violem direitos de algum dos condóminos, omitir conduta que tenha o dever de adotar⁷⁸⁹ ou por razões de oportunidade ou conveniência⁷⁹⁰, como também

⁷⁸⁸ Imagine-se, por exemplo, a divulgação do código de abertura da porta de entrada do edifício.

⁷⁸⁹ Cf. NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 390.

nos casos em que, tendo atuado o administrador no âmbito da sua discricionariedade, um condómino, não concorde, com a opção. Sendo o poder do administrador para atuar o correspondente a um mandato, estabelece a lei, com esta norma, o procedimento adequado para, dentro dos limites da legalidade, permitir ao mandante, através da assembleia de condóminos, revogar as decisões do seu mandatário.

O artigo 1438.º, estabelece também que tem legitimidade para convocar a assembleia destinada a apreciar o recurso de um ato do administrador também o condómino que pretende recorrer do ato. Não nos parece, como atrás vimos⁷⁹¹, que esta faculdade concedida ao condómino exclua a possibilidade de ser o próprio administrador, a requerimento do interessado, a proceder à convocatória, mas apenas, e uma vez que se trata de um recurso de um ato deste, permitir que a mesma se realize ainda que o administrador se coíba de a convocar, não deixando, no entanto, de cumprir as formalidades estabelecidas no artigo 1432.º.

Estando a modalidade de recurso dos atos do administrador limitada à assembleia de condóminos, como órgão único de recurso, não nos parece que tenha um terceiro, não condómino, legitimidade para requerer a sua convocatória. A norma do artigo 1438.º, estabelecendo um regime excecional em relação à função do administrador em, ele próprio e por sua iniciativa, convocar a assembleia, não comporta aplicação analógica.

Quanto ao prazo que tem um condómino para convocar, ou requerer a convocação da assembleia, não é a doutrina unânime. Moitinho de Almeida defendeu que se deveria aplicar o prazo geral do artigo n.º 638.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, que sendo na altura de 8 dias, passou para 10, e mais tarde, para 30, contados a partir do dia da prática do ato, se o recorrente estivesse presente ou tenha sido notificado para ele assistir, ou, caso não tenha sido, desde o dia em que tomou conhecimento⁷⁹². Por seu turno, Rodrigues Pardal e Dias da Fonseca, entenderam que a assembleia “...tem o poder de revogação das decisões do administrador como os órgãos superiores têm o poder de revogar os atos dos seus inferiores...”⁷⁹³. Entendemos, acompanhando aqui Vieira Miller, que “...porque não se trata de um recurso judicial ou administrativo é de excluir a invocação de qualquer dos

⁷⁹⁰ Cf. PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 282.

⁷⁹¹ Cf. Capítulo IV, 1.3.

⁷⁹² ALMEIDA, LUÍS PEDRO MOITINHO, *ob. cit.*, pág. 118.

⁷⁹³ PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 282.

respetivos regimes legais...”⁷⁹⁴ Parece-nos então claro que, tendo também a assembleia de condóminos poderes de administração das partes comuns pode, a todo o tempo⁷⁹⁵, revogar atos do administrador, quer expressa quer tacitamente, não entendendo sequer, como muita da doutrina⁷⁹⁶, que esse poder revogatório se extinga com o fim do mandato do administrador. Os atos do administrador podem ser revogados pela assembleia a todo o tempo, desde que se encontrem em vigor, independentemente de o administrador que os praticou ainda estar ou não em funções.

1.3.3.4. Duração do mandato do administrador

O mandato do administrador prolonga-se até cessar o seu cargo, mas mantém as suas funções, por força do n.º 5 do artigo 1435.º, até que seja eleito ou nomeado o seu sucessor. Esta norma do n.º 5, introduzida na lei pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, parece ter pretendido eliminar períodos de ausência de administrador nos momentos de transição entre titulares das funções. No entanto, se se encontra razão de ser da norma quando se fala numa sucessão ordinária, entre um administrador que completa o seu mandato e aquele que se lhe segue (por exemplo quando num condomínio a administração vai correndo por sucessivamente por todos os condóminos), tal já não é inteligível em situações em que o administrador interrompe por vontade própria o mandato ou, no caso, ainda mais grave, de o administrador ser exonerado⁷⁹⁷. Perante isto, entendemos que a interpretação do n.º 5 do artigo 1435.º deve ser restritiva, aplicando-se esta norma apenas aos casos em que a sucessão entre administradores é, tal como seguidamente veremos, uma sucessão ordinária.

⁷⁹⁴ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 324.

⁷⁹⁵ Em sentido contrário, entendendo que “...o recurso para a assembleia de atos do administrador terá de ocorrer antes de decorrido, desde o conhecimento do mesmo ato pelo condómino, o prazo que... ..confere ao silêncio do mandante o valor de aprovação do ato...”, MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 324. Esta posição não é, a nosso ver, compatível com a natureza coletiva do mandato do administrador. Dos diversos mandantes, aqui condóminos, e uma vez que o conhecimento não é necessariamente simultâneo de todos, poderíamos ter prazos de revogação diferentes a correr, podendo mesmo acontecer que fossem chamados a participar na assembleia condóminos que, já tendo, por decurso do prazo, tacitamente aprovado a atuação, podendo agora votar favoravelmente à revogação da mesma, o que não faria qualquer sentido.

⁷⁹⁶ Cf. NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 390 e SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 212.

⁷⁹⁷ Alertando para igual preocupação, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 333.

A duração do cargo de administrador, prevista pelo artigo 1435.º, n.º 4, segunda parte, salvo estipulação em contrário, é de um ano, renovável. Findo o ano, contado desde a aceitação da administração, a função caduca, abrindo assim a sucessão ordinária.

Para além deste caso, também se pode extinguir a função de administrador de condomínio por caducidade antecipada, por extinção causada, ou pelo próprio administrador, pela assembleia de condóminos, ou por autoridade judiciária, abrindo nestes casos a sucessão extraordinária.

A caducidade antecipada verifica-se se o administrador perder a capacidade jurídica para exercer a função, quer por morte, interdição ou inabilitação, nos termos do artigo 1174.º. Neste caso, a administração extingue-se de imediato e, até nova assembleia, as funções serão desempenhadas por um administrador provisório, nos termos do artigo n.º 1435-A. Dada a própria natureza da causa de extinção nunca poderia, nesta situação, o impossibilitado administrador manter as funções até ser eleito ou nomeado um sucessor, não tendo assim, aqui, aplicação o n.º 5 do artigo 1435.º.

A extinção causada pelo próprio administrador pode dar-se por renúncia ao cargo, ou, no caso de o mesmo ser titulado por um contrato de administração, por denúncia do contrato por parte do administrador. Necessariamente, esta possibilidade de renúncia ao cargo só está aberta para o administrador eleito, pois as funções de administrador provisório são exercidas imperativamente por determinação legal e, como tal, não está na esfera do administrador provisório a possibilidade de, a elas, renunciar. O administrador pode, nos termos do artigo n.º 1170.º, renunciar, a todo tempo, ao cargo, desde que tenha, para tanto, justa causa⁷⁹⁸, e, não o tendo, desde que obtenha para isso, acordo da assembleia⁷⁹⁹, ficando obrigado a indemnizar pelos prejuízos concretos que a sua renúncia sem justa causa determinar, nos termos do artigo 1172.º. Neste caso concreto, em que existiu uma causa objetiva para o

⁷⁹⁸ Para Baptista Machado “...a justa causa consiste em qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa-fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual”, isto é, todo o facto capaz de fazer perigar o fim do contrato ou de dificultar a obtenção desse fim, qualquer conduta que possa fazer desaparecer pressupostos, pessoais ou reais, essenciais ao desenvolvimento da relação, designadamente qualquer conduta contrária ao dever de correção e lealdade (ou ao dever de fidelidade na relação associativa) ...”. Cf. MACHADO, JOÃO BAPTISTA, «Pressupostos da Resolução Por Incumprimento», in *Sep. Bol. Fac. Direito de Coimbra-Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, pág. 361.

⁷⁹⁹ Em sentido contrário, considerando que o administrador pode, sempre, renunciar ao cargo, desde que o comunique à assembleia de condóminos, PASSINHAS, SANDRA, *ob. cit.*, 2002, pág. 333.

administrador provocar a antecipação do termo do mandato, não se perceberia como poderia ter aplicação o n.º 5 do artigo 1435.º, o que poderia levar até que o mandato revogado se tornasse ainda mais longo do que o esperado, bastando para isso que a assembleia não elegeesse um novo administrador. Também aqui esta norma não tem aplicação.

A extinção causada pela assembleia de condóminos, através da aprovação da exoneração do administrador (expressa) ou através da eleição de um novo, antes do fim do mandato do anterior (tácita)⁸⁰⁰, também só poderia, caso se aplicasse *in fine* o artigo n.º 1170.º ao mandato do administrador, acontecer com o acordo deste ou com justa causa⁸⁰¹.

No entanto, não podemos deixar de ter em conta que o administrador é alguém que, por razão das suas funções, se pode movimentar dentro do edifício em que por regra residem os condóminos. Aqui, a falta de confiança, o desagrado superveniente, ou mesmo uma incompatibilidade coletiva com pouco fundamento, não afastando o dever de indemnizar, parecem ser causas objetivas suficientes para revogar antecipadamente o mandato, independentemente da existência de justa causa. Todo o nosso sistema jurídico trata com especial cuidado a intimidade da vida privada, e o direito de ninguém manter dentro do espaço dessa intimidade alguém que passou a ser desconfortável, motivo pelo qual, no caso do trabalhador de serviços domésticos, a declaração de ilegalidade do despedimento com justa causa, não dá, obrigatoriamente, lugar à readmissão e se fica apenas pelo reforço do montante da indemnização⁸⁰². Tendo isto presente, não poderia ser interpretada de forma diferente a norma do n.º 1 do artigo 1435.º, no que concerne à legitimidade da assembleia para exonerar o administrador, como um regime excecional em relação à regra geral de exoneração dos mandatos prevista no artigo 1170.º, n.º2. Com a notificação do conteúdo da deliberação ao administrador, as funções extinguem-se independentemente do acordo do administrador, e este terá apenas, se for caso disso, direito a indemnização calculada nos termos do artigo 1172.º.

Também neste caso, em que existiu uma causa objetiva para a assembleia de condóminos provocar a antecipação do termo do mandato, não se perceberia como

⁸⁰⁰ Cf. artigo n.º 1171.º.

⁸⁰¹ Interpretando enunciativamente o o n.º 3 do artigo n.º 1435.º, haverá sempre justa causa quando se mostre que o administrador praticou irregularidades ou agiu com negligência no exercício das suas funções.

⁸⁰² Cf. artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 235/92, de 24 de Outubro.

poderia ter aplicação o n.º 5 do artigo 1435.º, o que levaria a que um mandato que teve causa para se extinguir se prolongasse no tempo, pelo que, esta norma, novamente, não tem aplicação.

A extinção determinada por autoridade judiciária, através da exoneração judicial do administrador, estando prevista no n.º 3 do artigo n.º 1435.º, promove-se através de um processo de jurisdição voluntária, previsto no artigo 1056.º do Código de Processo Civil. Para requerer este procedimento, o condómino terá que fazer prova de que o administrador praticou irregularidades ou agiu com negligência no exercício das duas funções, mas não está obrigado a, previamente, ter convocado uma assembleia de condóminos para votar a exoneração do administrador, e este procedimento é admissível mesmo no caso de tal assembleia ter acontecido, e ter sido rejeitada essa exoneração⁸⁰³. Não obstante isso, no requerimento, o condómino deverá indicar os factos que justificam o seu pedido, sendo o administrador citado para contestar, e devendo o Tribunal ouvir, sempre que possível, os outros condóminos.

Por iguais motivos aos anteriormente apontados, do mesmo modo aqui não teria razão de ser a aplicação da norma do artigo n.º 1435.º, n.º 5, que, como no início afirmamos, só se aplica quando a sucessão entre administradores é a sucessão ordinária.

1.4. Direito de promover reparações indispensáveis e urgentes das partes comuns

O artigo n.º 1427.º estabelece que “...*as reparações indispensáveis e urgentes nas partes comuns do edifício podem ser levadas a efeito, na falta ou impedimento do administrador, por iniciativa de qualquer condómino...*”. Esta norma cria uma exceção à regra do artigo 1436.º, alínea f) que determina ser da competência do administrador realizar os atos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns.

Para que um condómino não administrador possa, sem mais, proceder a uma reparação em parte comum, têm que se preencher, cumulativamente, os requisitos de a reparação ser indispensável, ser urgente, e o administrador se encontrar em falta ou impedido.

⁸⁰³ Cf. LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 451, nota 3.

Para que uma reparação se possa considerar indispensável, e atendendo a que a lei não o define, tem que representar, antes de mais, uma benfeitoria necessária, aquela que tem por fim evitar a perda, destruição ou deterioração da coisa⁸⁰⁴, pois caso a reparação resulte numa benfeitoria útil ou voluptuária nunca poderá estar preenchido o critério da indispensabilidade. Para Aragão Seia, obras indispensáveis, “...são as que necessitam de ser efetuadas, para uma boa conservação e fruição das coisas comuns...”⁸⁰⁵. Para nós, é indispensável a obra que visa, por um lado, intervir sobre um local das partes comuns que sofreu uma alteração em relação ao seu estado original (quer por causa natural, quer por causa de intervenção humana), e, por outro lado, é a intervenção vital para que essa alteração sofrida não cause prejuízo ou desvalorização para parte comum ou fração autónoma do prédio

Para que a reparação se considere urgente, não existindo também aqui uma definição legal, entendemos que deve ser tida em a conta a consequência da não realização da obra. Será urgente toda a obra que, não sendo realizada, provoque uma desvalorização contínua e crescente do edifício ou ponha em causa a segurança, a saúde ou o bem-estar dos condóminos, reduzindo as utilidades que a fração visa proporcionar⁸⁰⁶. Um mesmo vidro partido numa janela comum, pode ser uma obra urgente no inverno, por a falta de reparação impedir, por exemplo, que se consiga dormir numa habitação com o frio, e assim não o ser caso suceda no verão, o que nos leva a concluir que a urgência de uma reparação pode até depender, de um momento para o outro, de fatores externos, estranhos ao prédio ou aos condóminos. De igual forma, uma fenda na cobertura do último piso, cuja reparação não era urgente durante o verão, passa a sê-lo com a aproximação do inverno e a chegada das primeiras chuvas. Esta definição vai de encontro à posição de Moitinho de Almeida, quando refere que “...a emergência da reparação é o diapasão pelo qual se mede a legitimidade da intervenção do condómino não administrador...”⁸⁰⁷, pois, tão mais legítima será a intervenção do condómino, quanto maior for o prejuízo acumulado pela falta de intervenção.

⁸⁰⁴ Cf. artigo n.º 216.º, n.º 3.

⁸⁰⁵ SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 143..

⁸⁰⁶ O acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 25 de Outubro de 2005, n.º convencional JTRP00038439, considerou que “...para uma reparação ser considerada urgente é necessário que o dano a evitar com a reparação seja premente ou iminente; que a reparação não se coadune com delongas...”.

⁸⁰⁷ ALMEIDA, L. P. MOITINHO, «Propriedade Horizontal», 2.ª ED. Livraria Almedina, COIMBRA, 1997, pág. 90.

Considera-se em falta, ou impedido, o administrador, quer quando ele não existe, por ter falecido repentinamente ou por ter vendido a sua fração, quer quando, existindo, não pode intervir no momento por se encontrar doente, ausente ou incapaz.⁸⁰⁸ No caso de o administrador ser uma pessoa coletiva, o facto de a mesma se dissolver ou encontrar sem gerência, são incontornavelmente motivos de falta ou impedimento. Também se considera em falta o administrador quando, estando presente e capaz de atuar, simplesmente se nega, tácita ou expressamente, a fazê-lo⁸⁰⁹. A não ser este o entendimento, poderíamos chegar ao absurdo de, perante a necessidade de uma reparação indispensável e urgente, um condómino, desentendido com o administrador, ter que recorrer para a assembleia de condóminos a fim de revogar a decisão do administrador, o que, ainda que a mesma fosse revogada (o que não é certo), ultrapassaria todos os prazos a que a urgência se pode sujeitar.⁸¹⁰

Cumpridos os requisitos de indispensabilidade, urgência e falta ou impedimento do administrador, o condómino que tiver procedido à realização da reparação não tem, necessariamente, de proceder ao pagamento da reparação. A estas despesas aplicam-se as regras do artigo 1424.º, ficando assim o condómino obrigado apenas ao pagamento da sua quota-parte, do mesmo modo que estaria obrigado no pagamento de igual reparação feita ordinariamente. De igual modo, caso o condómino tenha adiantado o pagamento, terá direito de regresso sobre o condomínio, recorrendo ao administrador ou, ainda, à assembleia. Se, ainda assim, não conseguir, o condómino, assegurar o pagamento por parte dos outros, tem a doutrina entendido que lhe resta a possibilidade de recorrer aos tribunais exigindo o pagamento com fundamento em sub-rogação legal⁸¹¹ e, subsidiariamente, em enriquecimento sem causa⁸¹². Não concordamos com esta posição, porquanto o conceito de sub-rogação, definido no artigo n.º 589.º, implica o cumprimento de uma dívida de um terceiro devedor, adquirindo o solvente os direitos do credor originário em relação a esse terceiro, pressupondo uma substituição numa relação jurídica pré-existente⁸¹³. Nesta situação, antes de o condómino que ordenou a reparação ter assumido a obrigação

⁸⁰⁸ Cf. SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 142.

⁸⁰⁹ No mesmo sentido o já citado acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 25 de Outubro de 2005, n.º convencional JTRP00038439

⁸¹⁰ Cf. NETO, ABÍLIO, *ob. cit.*, 2006, pág. 309.

⁸¹¹ Cf. artigo 592.º.

⁸¹² Por todos, SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *ob. cit.*, pág. 144.

⁸¹³ PRATA, ANA MARIA CONCEIÇÃO RODRIGUES, *Dicionário Jurídico* (3.ª edição revista e atualizada), Almedina, Coimbra, 1995, pág. 916 e 917.

contratual relativa à obra, inexistia qualquer outra relação contratual, pré-existente, com os outros condóminos, faltando assim esse elemento da sub-rogação⁸¹⁴. O nosso entendimento vai no sentido de que a fundamentação legal, caso a assembleia assim não o delibere, para que o condómino pagador da obra reclame, junto dos outros, as suas quotas-partes, será, interpretado enunciativamente, o direito de regresso. Este direito de regresso verifica-se aqui tal qual vem previsto para o caso dos devedores solidários, no artigo n.º 524.⁸¹⁵, porque, independentemente de quem ordena a obra, sendo esta uma obra legítima, quando paga pelo condómino que a contratou, ficam liberados todos os outros condóminos.

Não estando cumpridos, cumulativamente, os três aludidos requisitos, não se pode, desde logo, considerar que o condómino que fez a reparação deixa de ter o direito de ser indemnizado pelo valor despendido. O que acontece é que deixa de estar a atuação abrigada por um mecanismo próprio de regresso, só lhe restando o recurso à figura do enriquecimento sem causa⁸¹⁶, que não só poderá permitir-lhe, apenas, receber um valor abaixo do despendido, como também, caso se verifique que a falta de necessidade da reparação era tanta que nenhum enriquecimento veio a produzir, poderá mesmo vir a não receber valor algum.

1.5. O caso específico das rampas de acesso e das plataformas elevatórias colocadas nos termos do artigo 1425.º, n.º 3.

A Lei n.º 32/2012, de 14 de Agosto, a propósito da regulamentação da reabilitação urbana, alterou, com o aditamento dos artigos 1424.º, 1425.º e 1426.º, o Código Civil. Na sua nova redação, o n.º 3 do artigo 1425.º, passou a estabelecer que “...no caso de um dos membros do agregado familiar ser uma pessoa com mobilidade condicionada, qualquer condómino pode, mediante prévia comunicação nesse sentido ao administrador e observando as normas técnicas de acessibilidade previstas em legislação específica, efetuar as seguintes inovações: a) Colocação de rampas de acesso; b) Colocação de plataformas elevatórias, quando não exista ascensor com

⁸¹⁴ No mesmo sentido, acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 11 de Julho de 2012, n.º do documento RP201207111668/11.8TJPRT.P1, não obstante não concordarmos com a opção, exposta no acórdão, de afastamento do direito de regresso.

⁸¹⁵ Estabelece o artigo 524.º que “...o devedor que satisfizer o direito do credor além da parte que lhe competir tem direito d regresso contra cada um dos condevedores, na parte que a estes compete...”.

⁸¹⁶ Cf. artigo n.º 473.º.

porta e cabina de dimensões que permitam a sua utilização por uma pessoa em cadeira de rodas.”

Não se distingue na lei qual a natureza, comum ou autónoma, da rampa ou plataforma eventualmente colocada, poderia revestir, a nosso ver, uma natureza ou própria ou comum, o que carece ser esclarecido.

Partindo da possibilidade de revestir natureza de coisa própria, as rampas de acesso e das plataformas elevatórias, só poderiam ser, ou parte da fração autónoma, ou uma obra mantida em coisa alheia, ou seja um direito de superfície.

Caso se entendesse que revestiam natureza de parte da fração autónoma, hipótese sustentada pelo facto da iniciativa, pagamentos dos custos, decisão quanto ao destino e destino da utilização, serem todos centrados num determinado condómino, levantar-se-iam dois problemas por ultrapassar. Por um lado, não seria fácil, senão mesmo impossível, inserir esse equipamento, que claramente reveste a natureza de parte integrante⁸¹⁷, e como tal está ligado materialmente a uma parte comum, no objeto da Propriedade Horizontal previsto no artigo 1415.º, pois não constitui uma unidade independente, distinta e isolada, com saída própria para parte comum do prédio ou para a via pública. Por outro lado, atendendo a que, em nenhum lugar, é feita qualquer referência à fração do condómino, se este equipamento se tornasse parte de uma fração autónoma, no caso de o condómino que o colocou ser titular de mais do que uma fração nesse edifício, nunca se saberia em qual das suas frações, em concreto, se deveria integrar a plataforma ou a rampa. A isto acresceria ainda o problema de se saber em que fração integrar o equipamento se, no exercício do direito conferido no n.º 5 do artigo 1426.º, qualquer outro condómino pagasse a parte que lhe competisse das despesas de execução e manutenção da obra. Neste caso, passando a ter o direito potestativo de alterar os limites materiais da fração autónoma daquele que, a plataforma elevatória, houvesse colocado.

Disto resulta, claramente, que o equipamento colocado também não pode revestir a natureza de parte integrante da fração autónoma, ou seja, parte própria.

Por outro lado, poder-se-ia entender que o direito potestativo, aqui presente, permitisse a constituição de um direito de superfície, na modalidade de manter obra sobre coisa alheia⁸¹⁸, com a particularidade especial de, à semelhança do direito de

⁸¹⁷ Cf. artigo 204.º, n.º 3.

⁸¹⁸ Cf. artigo n.º 1424.º.

uso e habitação⁸¹⁹, ter na desnecessidade superveniente mais uma forma de extinção, podendo aí o condômino titular do direito retirar a inovação⁸²⁰ ou, se o mesmo não for possível, ser indenizado por todos os condôminos, nos termos do n.º 1 do artigo 1426.º, calculada a indemnização nos termos do enriquecimento sem causa⁸²¹, e extinguindo-se aí, por incorporação jurídica nas partes comuns, a obra que nelas era mantida.

Neste direito de superfície poderia, também potestativamente, ser adquirida comunhão, por um qualquer outro condômino, desde que, cumulativamente, preenchesse o requisito de necessidade, nos termos do n.º 3 do artigo 1425.º, e pagasse metade dos custos da colocação, se só fossem dois condôminos a deterem, conforme o artigo 1426.º, n.º 5. No caso de serem mais do que um os titulares do equipamento, prevê a lei no n.º 4 do artigo 1425.º, que a legitimidade para os retirar seria de ambos, pois refere-se a condôminos no plural, mas não cria um caminho para o caso de não chegarem, ambos, a acordo quanto à retirada⁸²².

A nosso ver, do que resulta do disposto no n.º 5 do artigo 1425.º, em relação ao condômino que quer retirar o equipamento, este, por necessidade do outro, não pode ser levantado, o que lhe permitirá receber desse outro, o respetivo valor calculado segundo as regras do enriquecimento sem causa, num processo semelhante ao inverso do previsto no n.º 5 do artigo 1426.º.

No entanto, considerar que as rampas de acesso e das plataformas elevatórias fossem obras mantidas em coisa alheia com base num direito, potestativo, de superfície, implicaria que o local da implantação fosse coisa alheia⁸²³. Ora, sendo a parte comum de um prédio constituído em propriedade horizontal detida, em compropriedade forçada, por todos os condôminos, nunca poderia ser considerada coisa alheia em relação a todos eles, o que afasta em absoluto a possibilidade de estarmos perante um direito de superfície.

Posto isto, claro se torna que as rampas de acesso e das plataformas elevatórias revestem necessariamente natureza comum. Estão inseridas em partes comuns do edifício, são consideradas pela lei, que as insere no artigo 1425.º, como inovações, e

⁸¹⁹ Cf. artigo n.º 1484.º, n.º 1.

⁸²⁰ Tendo que, para isso, informar o administrador com pelo menos 15 dias de antecedência, conforme o artigo n.º 1425.º, n.º 6.

⁸²¹ Cf. artigo n.º 1425.º, n.º 5.

⁸²² Isto pode ser motivado por, em relação a um deles, a necessidade de utilização do equipamento se ter extinguido.

⁸²³ Cf. artigo 1524.º, n.º 1.

não mais são do que um limite material, no âmbito da compropriedade das partes comuns, aos condóminos que não tenham necessidades especiais em favor daqueles que as tenham⁸²⁴. Assim, devemos considerar as rampas imperativamente comuns, nos termos do artigo 1421.º, n.º 1, c), e as plataformas elevatórias como presumivelmente comuns, nos termos do artigo 1421.º, n.º 2, b).

Esta natureza comum significa a permissão legal, através de um direito potestativo, de modificar os direitos da totalidade dos condóminos, como comproprietários, permitindo a realização da inovação, assumindo, o titular do direito, apenas o pagamento dos custos inerentes a essa colocação, o pagamento dos custos de fruição, e mantém a legitimidade para retirar a inovação quando os motivos deixarem de existir.

A decisão de colocação do equipamento depende, assim, do exercício de um direito potestativo do condómino cujo agregado familiar tenha um elemento com mobilidade condicionada⁸²⁵, e em nada carece de aprovação ou autorização da assembleia de condóminos, do administrador⁸²⁶ ou de qualquer condómino isoladamente considerado⁸²⁷.

Em relação ao pagamento da colocação é inequívoco que este cabe, em absoluto, ao condómino que exerce o direito de colocação⁸²⁸, e as despesas relativas à sua conservação e fruição, cabem também a ele, nos termos do artigo 1424.º, n.º 5. De

⁸²⁴ No mesmo sentido, o plano nacional de promoção e acessibilidade, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 9/2007, de 17 de Janeiro, estabelece na sua Linha 2, Ação 2.2.c), que se pretende “...rever e fazer aprovar as alterações necessárias ao regime jurídico da propriedade horizontal dotando-o da flexibilidade necessária a dar cobertura legal expressa a todas as situações em que os direitos – de compropriedade – dos condóminos sobre as partes comuns do prédio tenham de ser limitados pelo direito de um condómino em aceder em condições de segurança à sua fração e às partes comuns do prédio...”.

⁸²⁵ Atendendo à razão de ser desta norma, que é permitir uma melhor integração urbanística das pessoas com mobilidade reduzida, deve, quer o conceito de condómino, quer o conceito de agregado familiar, serem interpretados extensivamente, estendendo, no primeiro caso, a aplicação do regulado, não só ao condómino, mas também a terceiro que tenha a efetiva detenção da fração, como acontece no caso do inquilino ou do possuidor, e no segundo caso, não só ao direto agregado familiar mas a pessoas que, em virtude da situação concreta, têm que assiduamente aceder à fração, como seria o caso de uma dama de companhia de uma pessoa de idade que tivesse que se deslocar de cadeira de rodas. Também entendemos que, por maioria de razão, esta norma deve ser interpretada extensivamente a pessoas coletivas que, dada a sua natureza, recebam trabalhadores ou utentes com iguais necessidades. Se numa fração existe, devidamente licenciada, uma clínica de recuperação fisiátrica, tendo a maioria dos utentes que se deslocar em cadeira de rodas, nenhum motivo justificaria a não aplicação destas normas. No mesmo sentido NETO, ABÍLIO, *Manual da Propriedade Horizontal* (4ª edição - reformulada), Ediforum, Edições jurídicas, Lisboa, 2015, pág. 377.

⁸²⁶ A necessária prévia comunicação a administrador não é, de forma alguma, um pedido de autorização, sendo tão-somente uma das condições processuais de exercício, neste caso concreto, do direito potestativo.

⁸²⁷ Cf. artigo 1425.º, n.º 3.

⁸²⁸ Por força da remissão do artigo 1426.º, n.º 1 para o artigo 1424.º, nomeadamente para o seu n.º 5.

igual forma, a legitimidade para retirar as inovações cabe, desde que se possa fazer sem detrimento do edifício, ao mesmo condômino que suportou a sua colocação.

No que diz respeito à possibilidade de utilização, parece-nos que as situações merecem um tratamento jurídico diferente. Se é certo que, no caso da plataforma elevatória, a sua utilização implica custos, de manutenção e energia, que são suportados pelo condômino que a colocou, não faria qualquer sentido que os outros condôminos, ainda que dela necessitassem, fizessem, sem mais, uso desse aparelho⁸²⁹. Já no caso da rampa, que, em princípio, não terá quaisquer encargos de conservação e fruição por ter mais uso que apenas o da pessoa a quem se destina, e, por via de regra ocupará espaço que anteriormente tinha escadas, que viram a sua dimensão reduzida, não nos parece aceitável que não possam, os outros condôminos, igualmente subir ou descer por essa rampa⁸³⁰.

Em conclusão, as rampas de acesso e das plataformas elevatórias podem ser colocadas por qualquer condômino que tenha necessidade de acesso à sua fração por pessoa com mobilidade condicionada, no exercício de um direito potestativo pelo qual introduz uma inovação em parte comum do prédio, passando essa inovação a ser parte integrante dessa parte comum.

⁸²⁹ Note-se que, caso um outro condômino adquira a necessidade permanente dessa utilização, também a lei a ele confere o direito potestativo de, mediante o pagamento da parte que lhe compete nas despesas de execução e manutenção da obra, participar nas vantagens da plataforma elevatória. Cf. artigo 1426.º, n.º 5.

⁸³⁰ Talvez por essa razão, o direito potestativo de aquisição de comunhão na plataforma elevatória previsto no n.º 5 do artigo 1426.º, não contempla a possibilidade de aquisição de comunhão em relação a rampas de acesso

2. OBRIGAÇÕES DOS CONDÓMINOS QUANTO ÀS PARTES COMUNS

2.1. Dever de contribuir para as despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns e para os serviços de interesse comum

2.2.1. Questões gerais

O n.º 1 do artigo 1424.º estabelece que, “...*salvo disposição em contrário, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum são pagas pelos condóminos em proporção do valor das suas frações...*”. Esta norma tem carácter supletivo, valendo assim o princípio da autonomia das vontades previsto no artigo n.º 405.⁸³¹. No entanto, esta autonomia das vontades não pode ser exercida de forma igual, como a seguir veremos, consoante se trate de despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns ou de despesas para o pagamento de serviços de interesse comum.

Invertendo a ordem, centrando-nos primeiro nas despesas para o pagamento de serviços de interesse comum, temos que ter em atenção o previsto no n.º 2 do mesmo artigo, que respeitando apenas a estas despesas, estabelece que “...*podem, mediante disposição do regulamento do condomínio, aprovada sem oposição por maioria representativa de dois terços do valor total do prédio, ficar a cargo dos condóminos em partes iguais ou em proporção à respetiva fruição, desde que devidamente especificadas e justificados os critérios que determinam a sua imputação...*”. Está assim aberta a porta, com este número introduzido pelo Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, para um regime simplificado de alteração, quanto a isto, do estatuto do condomínio. Permitindo que a proporção de cada quota-parte seja alterada num instrumento que não é o próprio título constitutivo, e não necessitando de unanimidade, apenas por maioria representativa de dois terços do valor total do prédio e não havendo oposição, facilita, neste caso concreto, a modificação da proporção inicial. Neste regime simplificado de alteração das proporções entre condóminos, não sendo em partes iguais, ainda é exigido que, cumulativamente, estejam especificados

⁸³¹ Cf. PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 223.

e justificados os critérios que determinam a sua imputação. Fora destes casos, pode ainda ser alterada a proporção entre condóminos, pois estamos no âmbito de normas supletivas, mas aqui será exigível a unanimidade, pois estamos perante uma alteração equiparável a uma alteração do título constitutivo que, por força do artigo 1419.º, obriga a uma votação unânime⁸³².

Por seu turno, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício, não contendo um regime especial como as anteriormente vistas, só podem ser pagas de diversa forma ou por força do título constitutivo ou, em iguais termos aos do parágrafo anterior, por alteração aprovada por unanimidade dos condóminos⁸³³. Não se exigir a unanimidade permitiria que uma robusta maioria impusesse a uma minoria a totalidade ou quase totalidade dos encargos⁸³⁴. Em ambos os casos, e uma vez que a lei se basta na publicidade exigível, para as situações do número 2 do artigo, com a disposição no regulamento, não nos parece que aqui se exija superior publicidade.

É importante analisar ainda a situação de o regulamento do condomínio, criado antes da existência da propriedade horizontal, poder ou não alterar a fração de contribuição de cada um, de forma desproporcionada, ou mesmo, em casos limites, excluindo algum dos condóminos da obrigação de contribuição para as despesas comuns. Esta situação acontece, por regra, apenas quando os construtores de um edifício pretendem excluir-se das obrigações inerentes às frações não vendidas, durante a fase de comercialização, o que, e ainda mais nos dias de hoje, se pode prolongar por um longo período que pode chegar a anos.

Admitamos que um construtor, antes de alienar a primeira fração de um edifício por si construído, introduz no regulamento do condomínio inserido no título constitutivo uma norma que o isenta do pagamento de quaisquer das quotizações condominiais e da satisfação de quaisquer despesas dessa natureza, com a exceção das necessárias à reparação das danificações ocorridas nos equipamentos e partes comuns dos edifícios e à satisfação da retribuição e das despesas de expediente da administração do condomínio. Esta questão tem que ser vista sobre duas perspetivas

⁸³² No mesmo sentido MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, 1998, pág. 203, e PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 223.

⁸³³ No mesmo sentido MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 203.

⁸³⁴ Por igual motivo, e fundamental como elemento sistemático da interpretação, estabelece, em lugar paralelo, o n.º 7 do artigo 1425.º, que “...nas partes comuns do edifício não são permitidas inovações capazes de prejudicar a utilização, por parte de algum dos condóminos, tanto as coisas próprias como as comuns...”.

diferentes. Em primeiro lugar, referindo-se o regulamento inserido no título constitutivo apenas à disciplina do uso, fruição e conservação, quer de partes comuns, quer de frações autónomas, no que toca a obrigações com essa fruição, estamos no campo de regulamentação de obrigações reais (*propter rem*) e, como tal, inerentes a cada fração independentemente do seu titular. Qualquer limitação ao direito real constante neste regulamento, por não estar prevista na lei, é nula por violação da norma imperativa do artigo 1306.⁸³⁵.

Em segundo lugar, e admitindo a possibilidade de em vez de se excluir da obrigação, não a um determinado titular de frações, mas sim determinadas frações em si (por exemplo frações que o construtor antecipa serão de mais difícil comercialização), torna-se claro que o conteúdo da norma prevista no n.º 1 do artigo 1424.º está a ser, em abstrato desvirtuado, pois, tendo em especial atenção até a posição do legislador no n.º 2 da mesma norma, não se pretende promover a isenção de pagamentos comuns a determinadas frações, mas sim, permitir, perante critérios objetivos, que as despesas sejam pagas em função do uso. Em abstrato, de tal isenção poderia ser beneficiário determinado titular de frações, o que inseriria esta alteração no conceito de abuso do direito⁸³⁶. Preenchendo assim, uma regra do regulamento, a figura do abuso do direito, prevista no artigo n.º 334.º, e tendo sido, essa regra, criada através de negócio jurídico, ainda que unilateral, será nula nos termos do artigo 280.º, n.º 1, e não produzirá quaisquer efeitos, não afastando assim o regime supletivo do n.º 1 do artigo n.º 1424.º.⁸³⁷

Nos termos do artigo 1424.º n.º 3 “...as despesas relativas aos diversos lanços de escadas ou às partes comuns do prédio que sirvam exclusivamente algum dos condóminos ficam a cargo dos que delas se servem...”, e, num sentido absolutamente idêntico, o n.º 4 do mesmo artigo estabelece que “...nas despesas dos ascensores só participam os condóminos cujas frações por eles possam ser servidas...”. O facto de uma das normas se referir a frações e a outra diretamente a condóminos, não

⁸³⁵ Excluir uma fração do pagamento de determinadas obrigações *propter rem* em função do seu titular, agravando os encargos para os outros condóminos que, assim, terão de suportar os encargos que a essa fração estariam adstritos, não mais seria do que criar uma servidão pessoal das frações de todos os outros para com a pessoa desse titular. Isto é, obviamente, violador da norma imperativa do artigo 1306.º.

⁸³⁶ Cf. JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 198 (nota 166), onde refere que “...a reprovação do abuso do direito procura... ...que não se desvirtue o verdadeiro sentido da norma abstrata...”.

⁸³⁷ No mesmo sentido, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 12 de Novembro de 2009, n.º do processo 5242/06.2TVLSB.S1.

encontramos diferença de fundo, e, como tal, trataremos as duas em conjunto como se de uma norma, relativa a escadas e ascensores, se tratasse.

Neste ponto é importante tomar em atenção que a situação deve ser avaliada subjetivamente e não num plano iminentemente objetivo.

Se pensarmos, por exemplo, num condomínio constituído por frações destinadas a habitação e outras ao estacionamento de viatura, estas últimas com acesso, ao nível da cave, pela porta da garagem, e as outras, destinadas a habitação, e sem integrarem parqueamentos, com acesso pela entrada ao nível do R/C. Se o proprietário de uma das frações, ao nível do R/C, for também proprietário de uma das frações autónomas destinadas a estacionamento de viaturas, ao nível da cave, independentemente de, em abstrato, o único acesso da fração ao nível do R/C não implicar a utilização, nem de escadas, nem de elevadores, o que também não implica o acesso à garagem que se faz pelo portão da cave, é evidente que a utilização conjunta e complementar das duas frações vai obrigar a uma contínua utilização, quer dos elevadores, quer dos lanços de escadas que garantam a ligação entre a habitação e o estacionamento de viaturas. Neste caso, não se pode aplicar a exceção do n.º 3 do artigo 1424.º, uma vez que, se isoladamente não seria de prever que a utilização das partes comuns em causa não fosse feita por parte, quer do proprietário da habitação, quer do proprietário do estacionamento, a situação da coincidência do proprietário dessas duas frações, associada à existência de complementaridade de utilização entre ambas, torna a potencialidade de utilização, dessas partes comuns, semelhante à de todos os outros condóminos.

Certo é também que, para que esta exceção não produza efeitos, obrigando novamente o condómino nas despesas relativas a partes comuns que, potencialmente, não servem, isoladamente, as suas frações, não basta que exista, num mesmo condomínio e de um mesmo proprietário, mais do que uma fração, uma a beneficiar desta exceção e outra não. Se não existir nenhuma justificação de complementaridade concreta entre as duas frações, que faça com que o proprietário, entre elas, tenha que se deslocar – imagine-se por exemplo que o proprietário vive numa das frações e tem a outra a arrendada a um terceiro –, não se compreenderia que se considerasse potencialmente utilizáveis, acessoriamente à utilização de ambas as frações, as referidas partes comuns. Nessa situação, apenas estaria sujeito ao pagamento das despesas relativas aos elevadores e lanços de escadas inerentes à fração que não tenha acesso ao exterior pelo seu próprio piso.

Assim, o que se exige para afastar esta exceção, neste caso concreto, será a complementaridade entre as frações do mesmo titular. Esta complementaridade consiste na possibilidade de utilização de qualquer uma das frações, visto no caso concreto, só se poder fazer através da utilização da outra⁸³⁸.

Para além disso, o texto do n.º 3. do artigo 1424.º, não obriga sequer, para que esta exceção não produza efeito, que as duas frações sejam do mesmo condómino, pois a utilização dos elevadores e lanços de escadas tanto se fará para ligar duas frações do mesmo proprietário como poderá acontecer que liguem duas frações que, não obstante serem de proprietários diferentes, funcionam, de facto, como complementares uma da outra, como acontece quando, por exemplo, a esposa do proprietário de uma fração destinada a habitação, onde reside com o seu marido, comprar uma fração para parquear a sua viatura na cave, que só utiliza complementarmente ao facto de residir nesse edifício. Outro exemplo aconteceria, se o proprietário da fração destinada a habitação arrendasse uma fração de estacionamento de viaturas de terceiro, o que, tendo por base o contrato de arrendamento, fará com que duas frações autónomas de proprietários diferentes passem a funcionar como complementares uma da outra.

Não nos podemos esquecer, no entanto, que tratando-se de partes comuns, o facto de uma determinada fração não ser servida por determinada parte comum (por exemplo o patamar de acesso à entrada das frações do último andar em relação aos condóminos titulares de frações no r/c), não impede o titular dessa fração de a utilizar. Se o titular do r/c quiser fazer uma visita de cortesia ao condómino de andar superior, ou mesmo quiser apreciar as vistas que a janela comum desse andar superior proporciona, não devemos considerar que é com isso retirada a exclusividade do serviço dessa parte comum, pois a utilização que é feita não é a propósito da utilização da fração e é, mesmo, independentemente dela. Igual situação se colocaria nos lanços de escadas dos andares superiores em relação aos condóminos dos andares inferiores, e bem claro foi o legislador, na primeira parte do n.º 3 do artigo 1424.º, ao

⁸³⁸ Note-se que esta complementaridade não existe apenas relativas a frações de habitação ou comércio e as respetivas garagens ou parqueamentos. Se por exemplo o proprietário de uma fração de habitação, com acesso pelo R/C do edifício, for também proprietário de um estabelecimento comercial na cave, com acesso por porta ao nível dessa mesma cave, e para além disso exista, fisicamente, ligação interior do edifício entre as duas frações quer por lanços de escadas, quer por elevador, obviamente que a probabilidade dessa utilização, em detrimento de um acesso exterior, dessas escadas ou elevador, é motivo suficiente para que o condómino de ambas as frações não possa eximir-se do pagamento dessas despesas.

considerá-las, para efeitos desta norma, de uso exclusivo dos titulares de frações a que eles dão acesso, reforçando assim a avaliação da utilização em abstrato e não em concreto.

Em conclusão, e uma vez que o que estabelece o n.º 3 do artigo 1424.º é uma exceção em relação à regra do n.º 1 do mesmo artigo, a prova de que, em abstrato, não existe uma utilização dos lanços de escadas e elevadores por parte de um condómino cabe a esse mesmo condómino, e só se fizer essa prova fica desonerado da contribuição para as respetivas despesas.

Por força da Lei n.º 32/2012, de 14 de Agosto, foi aditado um n.º 5 ao artigo 1424.º a estabelecer que “...nas despesas relativas às rampas de acesso e às plataformas elevatórias, quando colocadas nos termos do n.º 3 do artigo seguinte, só participam os condóminos que tiverem procedido à referida colocação...”. Não discutindo aqui a natureza do direito que recaia sobre essas rampas ou essas plataformas, que como atrás vimos, é para nós parte comum, certo é que, no entanto, para efeitos de pagamento de despesas a elas inerentes, as mesmas serão tratadas como propriedade exclusiva daqueles que suportaram, imediata ou posteriormente, o seu custo de instalação. No caso de ser mais do que um, uma vez que o benefício que traz da sua utilização é, em abstrato, igual, e é absolutamente independente da percentagem ou permissão da fração, os custos serão suportados em partes iguais.

2.1.2. O caso particular da locação financeira

Pela crescente importância jurisdicional torna-se incontornável analisar individualmente a figura da locação financeira. O conceito de locação financeira, à altura ainda não aplicável a imóveis destinados a habitação e, assim, para a generalidade dos casos, inaplicável ao regime da propriedade horizontal, surgiu com o Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho, e consistia num contrato pelo qual o proprietário de um bem o punha ao dispor de um terceiro, mediante o pagamento de uma renda, com a possibilidade de aquisição, decorrido determinado prazo, por determinado valor concreto⁸³⁹.

⁸³⁹ Estabelecia o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho: “Locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa, adquirida ou construída por indicação desta e que a mesma pode comprar, total ou parcialmente,

Assim, considerada a locação, e tendo a mesma passado a contemplar também as frações autónomas de um edifício constituído em propriedade horizontal, por determinação do Decreto-Lei n.º 10/91, de 9 de Janeiro, seria de admitir que o locador, proprietário da fração, integraria a qualidade de condómino nos termos do artigo 1420.º, n.º 1, e seria o responsável pelo pagamento das despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício, e ao pagamento dos serviços de interesse comum, nos termos do artigo n.º 1424.º, sendo esta obrigação uma obrigação *propter rem*, relativa à propriedade da própria fração. No entanto, o n.º 1 do artigo 9.º do referido Decreto-Lei n.º 10/91, estabelecia que “...nas situações de propriedade horizontal, o locatário assume, em nome próprio, todos os direitos e obrigações do locador relativos às partes comuns do edifício, suportando as despesas de administração, participando e votando nas assembleias de condóminos e podendo, nelas, ser eleito para os diversos cargos...”. Esta norma, claramente, criava um regime excecional em relação ao previsto no artigo 1424.º, sendo mesmo enquadrável como uma forma de disposição em contrário, possibilitada pelo n.º 1 desse artigo.

A solução indicada pelo legislador, incontornável, à altura, atenta à posição positivo-legalista que guia o nosso direito, criava, no entanto, um regime sem suporte nas mais elementares regras de direitos reais, contrariando mesmo, frontalmente, o regime de “*numerus clausus*”, constante do artigo 1306.⁸⁴⁰. Indubitavelmente, um direito resultante de negócio jurídico entre locador e locatário produzia efeitos reais, oponíveis, pelo menos no que respeita ao sujeito obrigado ao pagamento das despesas relativas às coisas comuns, aos outros condóminos, que viam o pagamento dessas despesas garantido pelo património do locatário, por regra financeiramente mais débil e com menor liquidez, do que do locador. A razão de ser desta opção legislativa parece-nos claramente plasmada no preâmbulo do mesmo Decreto-Lei, que ao fundamentar a sua elaboração “...integrado nas tendências gerais de dinamização do mercado, o regime agora estabelecido vem colocar à disposição do público um instrumento flexível e capaz de proporcionar os meios necessários para a compra de habitação própria...”, abraçava a tendência europeia da última década do Séc. XX

num prazo convencionado, mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável nos termos do próprio contrato”.

⁸⁴⁰ Estabelece o n.º 1 do artigo 1306.º que “...não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional...”.

para apoiar todos os instrumentos que facilitassem o financiamento da construção civil, por nela assentar a visão datada de crescimento económico e evolução.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 145/95, de 24 de Junho, procedeu à uniformização, num mesmo diploma, da locação financeira para móveis e imóveis, revogando o Decreto-Lei n.º 171/79, mantendo o regime da locação financeira para habitação do Decreto-Lei n.º 145/95, como direito especial, só vindo este a ser expressamente revogado pelo Decreto-Lei n.º 265/97, de 2 de Outubro, que introduziu alterações ao regime uniformizador, passando a considerar obrigação do locatário, nos termos do n.º 1, b), do artigo 10.º do dito Decreto-Lei 145/95, “...pagar, no caso de fração autónoma, as despesas correntes necessárias à função das partes comuns de edifício e aos serviços de interesse comum...”. A grande alteração no regime da responsabilidade do locatário pelas despesas relativas às partes e serviços comuns está no facto de a nova norma deixar de referir que este assume, em nome próprio, as obrigações que naturalmente pertenceriam ao locador proprietário.

É certo que a lei não estabelece, nesta nova redação, que as obrigações são assumidas em nome do locador, tendo mesmo já sido entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, que esta norma, onde se inclui a citada, “... não têm mera eficácia obrigacional, não relevam apenas nas relações locador-locatário, antes são de aplicação universal, impondo-se a terceiros e, conseqüentemente, também ao condomínio...”, como se pode constatar nos acórdãos de 6 de Novembro de 2008⁸⁴¹ e de 10 de Junho de 2008⁸⁴². Também é certo que a jurisprudência superior não tem sido unânime, tendo já o mesmo Tribunal entendido que “...a imposição legal do locatário financeiro da obrigação de pagar as despesas do condomínio não exonera o proprietário da fração autónoma...”, constante em acórdão de 19 de Março de 2002⁸⁴³.

Esta discrepância de jurisprudência obriga-nos a procurar a solução, a nosso ver, mais correta. A questão que aqui se coloca é, assim, se o locatário poderá ele próprio integrar a figura de condómino, permitindo que o referido artigo 10.º, n.º 1, b) produza efeitos reais, e como tal ser apenas ele obrigado pelas despesas inerentes ao condomínio. Não sendo, juridicamente, o proprietário do bem locado, é, no entanto, o

⁸⁴¹ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de justiça de 06 de Novembro de 2008, n.º do documento SJ20081106026232.

⁸⁴² Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de justiça de 10 de Junho de 2008, n.º do documento SJ20080710010571.

⁸⁴³ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de justiça de 19 de Março de 2002, n.º do documento SJ200203190038616.

“proprietário” económico desse bem, de que, por via de regra, se virá a tornar o verdadeiro dono, no termo do contrato. Se este fosse o nosso entendimento, que antecipadamente confessamos não ser, deixaríamos de ver o contrato de locação financeira como uma verdadeira locação, mas apenas como um negócio de crédito, ainda que vertido nos moldes da locação⁸⁴⁴. Como fundamentação de que apenas se tratava de um negócio de crédito foi defendido que o locador “...*não explora o bem, não dispõe de um bem que oferece em locação, não tem a intenção de correr os riscos próprios do proprietário, nomeadamente o risco económico da não rentabilidade da coisa e do seu perecimento...*”⁸⁴⁵ e tem “...*a obrigação de conceder mas não de assegurar o gozo da coisa ao locatário...*”⁸⁴⁶. Efetivamente, o objetivo para locador e locatário, recorrendo à locação financeira, é o primeiro financiar o segundo na aquisição de um bem, reduzindo ao máximo, para o primeiro, os riscos e custos da operação⁸⁴⁷.

No entanto, aceitando que se trata de um negócio de crédito, e sabendo que as partes têm, nos seus próprios contratos, ampla liberdade de formação, não nos podemos esquecer que essa liberdade de formação está garantida por os direitos de crédito não produzirem efeitos externos. Aceitar-se que, no caso da locação financeira, o contrato, celebrado entre locador e locatário, poderia alterar o sujeito devedor das despesas *propter rem* das partes comuns, seria aceitar que a vontade contratual dos dois contraentes poderia modificar a esfera jurídica real de terceiros.

No caso de incumprimento por parte do locatário, quer com o condomínio, quer com o próprio locador, até o locador resolver o contrato de locação, continuariam, os outros condóminos, a suportar, sozinhos, as despesas das partes comuns, na insolvência do locatário. Poderia até acontecer que, o locador, tendo dificuldade em alienar o locado, atrasasse propositadamente a resolução do contrato, transferindo os custos de condomínio para os restantes condóminos. A não se

⁸⁴⁴ Cf. CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário* (3.^a edição), Almedina, Coimbra, 2006, pág. 563.

⁸⁴⁵ Cf. CAMPOS, DIOGO LEITE, *Locação Financeira*, Lex-Edições Jurídicas, Lisboa, 1994, pág. 129.

⁸⁴⁶ Cf. SILVA, JOÃO CALVÃO DA, «Locação Financeira e Garantia Bancária», in *Estudos de direito comercial - Pareceres*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, pág. 26.

⁸⁴⁷ Cf., no mesmo sentido FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO A., *Direito Bancário* (2.^a edição), Quid Iuris, Sociedade Editora, Lisboa, 2009, pág. 631; PATRÍCIO, JOSÉ SIMÕES, *Direito Bancário Privado*, Quid Iuris, Sociedade Editora, Lisboa, 2004, pág. 319; e DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, «Reserva de propriedade», In *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977* (3.^o volume), Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág. 441.

considerar que o locador é também responsável, só recorrendo à figura do abuso do direito se poderia responsabilizar o mesmo⁸⁴⁸.

Entendemos assim que, não obstante a atual redação do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho, o locador não fica, em absoluto, desonerado das obrigações relativas às partes comuns. Defender posição diversa importaria que estivéssemos a desdobrar o estatuto titular de fração em dois sujeitos diferentes, responsabilizando um, o locador, pelas obrigações reais em relação a terceiros, mas, ao mesmo tempo, retirávamos da esfera jurídica do devedor a garantia patrimonial que a coisa, geradora das despesas, representa. Guardaríamos tudo de positivo para o locador e deixaríamos o risco para os outros condóminos.

Não nos podemos esquecer que a locação financeira tem que ser registada e o administrador de condomínio não pode desconhecer que ela existe, devendo mesmo, em primeira abordagem, solicitar o pagamento ao locatário que, uma vez efetuado, desonera o locador. No incumprimento daquele, resta ainda a possibilidade de reclamar o pagamento junto do locador que, caso o faça, constitui-se no direito de exigir o regresso do locatário, dando-se assim cumprimento à obrigação do locatário de “...pagar... ..as despesas correntes necessárias à função das partes comuns do edifício e aos serviços de interesse comum...”, conforme o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho.

2.1.3. O caso particular do arrendamento urbano

Com o novo regime de arrendamento urbano, “...os encargos e despesas referentes à administração, conservação e fruição de partes comuns do edifício, bem como o pagamento de serviços de interesse comum, correm por conta do senhorio...”⁸⁴⁹, salvo estipulação, por escrito, em contrário⁸⁵⁰. Este acordo, a existir, na senda do anteriormente explanado, só vincula as partes, e não estando sujeito a

⁸⁴⁸ O artigo n.º 334.º estabelece que “...é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito...”. Obviamente que o locador, ao não resolver o contrato de locação, estaria, já sabendo que, na prática, já era pleno proprietário, a exercer o direito de não resolver o contrato para, ilegitimamente, impedir o condomínio de lhe cobrar as suas quotas-partes devidas.

⁸⁴⁹ Cf. artigo 1078.º, n.º 3.

⁸⁵⁰ Cf. artigo 1078.º, n.º 1.

registro, nem sequer permite que a cobrança das despesas de condomínio, em primeira linha, seja feita diretamente ao arrendatário⁸⁵¹.

O que aqui acontece, na presença deste tipo de acordo, é que uma vez pagas as despesas por parte do senhorio este terá direito de regresso em relação ao inquilino, no prazo de um mês, se outro não tiver sido convencionado, ao abrigo do disposto no n.º 5 do artigo 1078.^o⁸⁵².

Nada impede, a nosso ver, que se faça um acordo tripartido, entre senhorio, inquilino e administrador do condomínio, para que as despesas possam ser diretamente cobradas ao arrendatário, mas aqui não se estarão a transferir obrigações, mas simplesmente a permitir que um terceiro cumpra em nome do verdadeiro devedor. Se o arrendatário, neste caso, não cumprir, quem entra em mora é o verdadeiro devedor, o proprietário da fração.

2.1.4. O abuso do direito resultante do crédito hipotecário

Uma questão atual que, ganhando cada vez mais relevância, ainda não foi objeto de jurisprudência conhecida, prende-se com o avultado número de condóminos que, tendo as suas frações hipotecadas a instituições financeiras, deixam de cumprir com estas e, necessariamente, também com o condomínio. Nos últimos anos, uma política económica expansionista, fomentadora da construção civil, incentivou a generalidade das pessoas, no limite da sua capacidade de endividamento, a contrair empréstimos bancários para aquisição de casa própria assente na expectativa de os bens imóveis terem uma contínua e permanente valorização. Na realidade, o excesso de habitação provocou que, atendendo às regras de mercado, os imóveis não só deixassem de se valorizar, como tenham começado mesmo a perder valor, ao mesmo tempo que a “*crise*”, primeiro financeira e depois económica, em que o país mergulhou, impossibilitou o cabal cumprimento das suas obrigações, e tornou as pessoas incapazes de manterem as suas casas.

Para o nosso estudo, a situação em apreço é relevante, uma vez que, sendo o proprietário responsável pelo pagamento das despesas relativas às partes e serviços

⁸⁵¹ Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 208.

⁸⁵² Estabelece o n.º 5 do artigo 1078.º que “*Sendo o arrendatário responsável por um encargo ou despesa contratado em nome do senhorio, este apresenta, no prazo de um mês, o comprovativo do pagamento feito.*”

comuns, e tendo essas despesas origem no próprio direito de propriedade da fração, é expectável que o próprio valor da fração responda, em última análise, pelo pagamento dessas despesas.

Estando a fração hipotecada à instituição financeira que a financiou, esta, na qualidade de credor hipotecário, tem o direito de ser paga pelo valor da fração com prioridade sobre os demais credores⁸⁵³. Em circunstâncias normais, entrando o devedor em incumprimento, o credor executava o devedor e o bem – fração – sobre a qual incidia a garantia real, hipoteca. Na realidade atual, como a procura de casas é muito reduzida e os preços caíram de tal forma que se encontram abaixo do valor ainda em dívida, perante o incumprimento e a ausência de quaisquer outros bens, têm as instituições financeiras aceite a entrega dos imóveis como dação em cumprimento.

Perante esta situação, o credor que aceitou a entrega em cumprimento do imóvel, com a transmissão da posse, deveria proceder à outorga do documento que formalizasse a transmissão da propriedade, proceder ao registo, e assumir, desde essa data, o pagamento das despesas inerentes à propriedade da fração, onde se inserem as despesas de condomínio. Obedecer a este processo acarretava para a instituição credora um acréscimo de encargos durante o período de tempo, cada vez mais alargado, em que não aparece comprador para o imóvel, e, desta feita, para contornarem esses encargos, as instituições financeiras credoras têm aceite a transmissão da posse dos imóveis sem a respetiva transmissão da propriedade, transmissão essa que pretendem apenas fazer quando um comprador aparecer. Com isso, continua formalmente a ser proprietário o anterior devedor e sobre ele, que se encontra numa situação de inadimplência, recai a responsabilidade, que obviamente não vai poder honrar, de pagar a quota-parte das despesas comuns, não podendo sequer responder por essas dívidas o valor do imóvel, pois o limbo da hipoteca permanece inalterado.

Nesta situação, em que a entidade credora já acordou a entrega da fração, e tem a posse da mesma, desobrigando o devedor a continuar a pagar as prestações, é, em nossa opinião e sob pena de abuso de direito, o credor hipotecário responsável pelo pagamento das despesas do condómino, nos termos do artigo 1424.º. Se este não fosse o entendimento estaríamos a permitir que se separasse o direito real de propriedade sobre a fração das suas respetivas obrigações reais, permitindo que a

⁸⁵³ Cf. artigo 668.º, n.º 1.

componente de garantia patrimonial que a coisa representa só beneficiasse um dos credores, por inação exclusiva de si próprio, mantendo todas as vantagens, o gozo, a promoção tendente à venda, e não assumindo quaisquer dos custos relativos às partes comuns. Seria uma situação similar a, durante um processo de falência, os custos da gestão da massa falida fossem assumidas pelo insolvente e os proveitos todos imputáveis à própria massa⁸⁵⁴.

2.2. Dever de comunicar o seu domicílio, ou do seu representante, quando não resida no prédio

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 267/94, de 25 de Outubro, foi, entre outros, acrescentado um n.º 9 ao artigo n.º 1432.º, estabelecendo que “...os condóminos não residentes devem comunicar, por escrito, ao administrador o seu domicílio ou do seu representante...”. Este número aparece em conformidade com a necessidade de comunicação aos condóminos ausentes das decisões que careça de unanimidade para aprovação, valendo o seu silêncio como aprovação⁸⁵⁵. Ao mesmo tempo, para efeitos de citação para os procedimentos tendentes à cobrança de quotas-partes de despesas não pagas, torna-se vital, por definição legal, estabilizar-se o domicílio do condómino para efeitos de notificações.

A lei, assim, estabelece uma presunção ilidível de que o domicílio do condómino coincide com a morada da fração de que for proprietário⁸⁵⁶, cabendo o ónus de ilidir a presunção ao condómino que, querendo, informa por escrito qual é a sua morada a ter em conta. Caso o condómino não levante, no domicílio presumido ou indicado, carta registada proveniente do administrador do condomínio, não nos parece que, tal como nos é dito por Rui Miller⁸⁵⁷, “...deve o administrador fazer publicar anúncio em um jornal da sua residência, conforme a regra do artigo 225.º do Código Civil, aplicável por remissão do artigo 295.º...”, o que tornaria o processo excessivamente caro e complexo para a relevância da notificação, especialmente

⁸⁵⁴ No direito espanhol, como anteriormente vimos, o problema está amenizado pelo facto de as dívidas dos anteriores proprietários se transmitirem aos novos.

⁸⁵⁵ Cf. artigo 1432.º, n.ºs 5, 6, 7 e 8.

⁸⁵⁶ Se o condómino for proprietário de mais do que uma fração, entende a lei que este, para efeitos de notificação, terá tantos domicílios quantas as frações de que seja titular.

⁸⁵⁷ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 277.

tendo em conta que a lei obriga à fixação, por indicação ou por presunção, de um domicílio.

Entendemos então que, dada a especificidade do consagrado na norma – art.1432.º, n.º 9 –, dever-se-á considerar o condómino interpelado, designadamente para efeitos de constituição em mora, no domicílio convencionado, ou na falta dele, no presumido domicílio.

2.3. Dever de contribuir, em proporção do valor das frações, para as despesas com obras que não sejam de mera conservação

Estabelece o n.º 1 do artigo 1426.º que “...as despesas com as inovações ficam a cargo dos condóminos nos termos fixados pelo artigo 1424.º...”. Assim, excluindo o regime excecional dos números seguintes do artigo 1426.º em que o condómino se poderá excluir da participação nas despesas, e que analisaremos mais à frente, por regra, as despesas com as inovações legalmente aprovadas são pagas pelos condóminos em proporção do valor das suas frações⁸⁵⁸. O problema que poderia levantar a existência de disposição em contrário, necessariamente constante do regulamento do condomínio integrado no título constitutivo, é semelhante ao levantado no que diz respeito aos encargos de conservação e fruição das partes comuns, remetendo para lá o tratamento dessa matéria⁸⁵⁹.

Não tendo aqui aplicação, por força da remissão, o n.º 2 do artigo 1424.º, uma vez que uma inovação não pode corresponder a um serviço⁸⁶⁰, não deixa de se aplicar o n.º 3 do mesmo artigo, ficando a cargo apenas dos condóminos que delas se servem, o pagamento das inovações relativas aos diversos lanços de escadas ou às partes comuns do prédio que sirvam exclusivamente alguns dos condóminos. Todavia, ficam a cargo dos condóminos, cujas frações por eles possam ser servidas, as inovações que impliquem a instalação de ascensores, aqui por força do n.º 4 do mesmo artigo.

Excecionalmente, como atrás referimos, pode um condómino eximir-se do pagamento dos seus encargos com uma inovação, se se verificarem, cumulativamente, dois requisitos: por um lado, não ter aprovado a inovação, e, por outro, ter o

⁸⁵⁸ Cf. artigo 1424.º, n.º 1.

⁸⁵⁹ Cf. Capítulo IV, 2.6.

⁸⁶⁰ Cf. Capítulo IV, 2.1.

condómino recusado o pagamento, fundamentadamente⁸⁶¹, e a mesma recusa ser tida, judicialmente, como fundada. O n.º 3 do artigo 1426.º estabelece que se considera sempre fundada a recusa, quando as obras tenham natureza voluptuária⁸⁶² ou não sejam proporcionadas à importância do edifício. Se assim acontecer, importará que a sua parte seja paga, proporcionalmente, pelos condóminos remanescentes.

Quer nestes casos, quer fora deles, tem, o juiz, uma ampla margem de decisão, pois, nos dois casos, estamos perante presunções inilidíveis, ainda que não se estabeleça uma enumeração taxativa. No entanto, a respeito de preceito análogo, à altura inserido no artigo n.º 18 do Decreto-Lei n.º 40333, de 14 de Outubro de 1955, referia, a dado passo, o seu preâmbulo: “...o juiz deverá agir, na apreciação das razões evocadas como fundamento de escusa, com a maior cautela e prudência, de modo a evitar, por um lado, soluções que representem um injustificada violência da vontade da maioria sobre a vontade do proprietário dissidente e a impedir, por outro lado, que os condóminos minoritários prejudiquem, por simples capricho ou má compreensão dos seus deveres de solidariedade, a realização das obras de manifesto interesse comum...”. Não obstante, à altura, a lei estabelecer o funcionamento da presunção em termos contrários aos atuais⁸⁶³, parece-nos, no entanto, que o paradigma é exatamente o mesmo, sempre que, para o efeito, um tribunal é chamado a pronunciar-se.

A título de exemplo, e uma vez que na jurisprudência não abundam decisões concretas que versem sobre a aplicação desta norma, imaginemos que, num prédio antigo e de três andares, a assembleia de condóminos aprova, com o voto contra de um dos condóminos do primeiro andar, instalar um elevador. Admitindo que, vivendo sozinho, tem indicação médica para subir sempre de escadas e não tem capacidade económica para suportar a sua quota-parte de despesa, entendemos, analisada

⁸⁶¹ O ónus da prova da fundamentação pertence ao condómino que pretende recuar-se a participar nas despesas. Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 02 de Dezembro de 2008, n.º convencional JTRP00042062.

⁸⁶² Nos termos do n.º 3 do artigo 216.º, “São benfeitorias necessárias as que têm por fim evitar a perda, destruição ou deterioração da coisa; úteis as que, não sendo indispensáveis para a sua conservação, lhe aumentam, todavia, o valor; voluptuárias as que, não sendo indispensáveis para a sua conservação nem lhe aumentando o valor, servem apenas para recreio do benfeitorizante...”.

⁸⁶³ Estabelecia a segunda parte do artigo n.º 18 do Decreto-Lei n.º 40333, de 14 de Outubro de 1955, que “...os proprietários dissidentes só poderão, no entanto, ser compelidos a concorrer para as respetivas despesas se a sua recusa for judicialmente havida como infundada...”, ao passo que o texto atual do n.º 2 do artigo 1426.º estabelece que “...são obrigados a concorrer para as respetivas despesas, salvo se a recusa for judicialmente havida como fundada...”, o que fazia com que, antigamente, na falta de ação, cujo ónus cabia ao condomínio, não havia lugar ao pagamento por parte do condómino que se tinha oposto e, atualmente, na falta de ação, cujo ónus cabe ao condómino que se quer eximir do pagamento, este terá que contribuir com a sua quota.

concretamente a situação, que motivos existem para o tribunal considerar fundada a recusa.

O condômino cuja recusa haja sido, judicialmente, julgada fundada, não tem compropriedade na inovação⁸⁶⁴, uma vez concluída, mas passa a gozar de um direito potestativo de aquisição, nos termos do artigo 1426.º, n.º 4. Não estabelece a lei um procedimento específico para o exercício deste direito potestativo, o que nos leva a crer que o mesmo está sujeito à liberdade de forma, prevista no artigo n.º 219.º, estando mesmo aberta a possibilidade de este exercício ser tácito. Uma vez que o condômino excluído no pagamento da inovação faça uso da mesma, deve valer essa atuação como informação aos restantes condôminos de que pretende participar nas vantagens da inovação e, nos termos da alínea e) do artigo n.º 1436.º, cabe ao administrador o dever de exigir, desse condômino, a sua quota-parte da despesa efetuada.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 32/2012, de 14 de Agosto, foi acrescentado ao artigo 1426.º um n.º 5, que, uma vez que tenha sido colocada, no exercício do, também, direito potestativo do n.º 3 do artigo 1425.º, uma plataforma elevatória, “...qualquer condômino pode, a todo o tempo participar nas vantagens... ...mediante o pagamento da parte que lhe compete nas despesas de execução e manutenção da obra...”. Este direito potestativo de aquisição na comunhão do direito do uso exclusivo da inovação⁸⁶⁵, não é, no nosso entendimento, um direito de exercício absolutamente livre, mas está condicionado, para aquele que o vai exercer, pelos requisitos de necessidade do n.º 3 do artigo 1425.º, sob pena de, a não ser este o entendimento, poder vir a acontecer que a retirada de uma plataforma elevatória fosse bloqueada, para efeitos do n.º 4 do artigo 1425.º, por um condômino que dela não necessita.

2.4. Dever de efetuar seguro contra incêndio da fração autónoma e das partes comuns

A questão da obrigatoriedade de efetuar seguro, no que diz respeito às partes comuns, já foi tratado a propósito das funções do administrador, sendo agora

⁸⁶⁴ Cf. BRANCA, GIUSEPPE, *ob. cit.*, 1982, nota ao artigo 1121.º.

⁸⁶⁵ Cf. Capítulo IV, 1.5.

aconselhável retomá-la⁸⁶⁶. No entanto, e tendo em atenção o texto do n.º 1 do artigo 1429.º, que estabelece que “...é obrigatório o seguro contra o risco de incêndio do edifício, quer quanto às frações autónomas, quer relativamente às partes comuns...”. Efetivamente, se a lei contempla uma consequência para a omissão da obrigação de efetuar seguro quanto às partes comuns, transmitindo essa obrigação para o administrador, no que diz respeito à própria fração, é uma lei imperfeita, uma vez que para essa omissão não prevê qualquer sanção⁸⁶⁷.

Não entendemos, assim, que também em relação às próprias frações autónomas, se aplique o n.º 2 do mesmo artigo – repercutindo no administrador o dever de constituir seguro, na omissão do condómino – no que diz respeito à própria fração, pois, estabelecendo essa obrigação para o caso o condómino não tenha feito o seguro pelo valor aprovado pela assembleia, só podendo esta deliberar no que diz respeito às partes comuns⁸⁶⁸, nunca poderia estabelecer um valor mínimo para o seguro relativo às frações. Ao mesmo tempo, permitir-se esta ingerência do administrador, violaria, a nosso ver, a plenitude do direito de propriedade sobre a fração.

A falta de sanção para a obrigação de efetuar seguro em relação às próprias frações, não é apta sequer a gerar responsabilidade civil extracontratual, pois não há qualquer dano que possa ser causado aos outros condóminos pela omissão da subscrição deste seguro.

2.5. Dever de contribuir para o fundo de reserva do condomínio

O n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 268/94, de 25 de Outubro, estabelece que “...é obrigatória a constituição, em cada condomínio, de um fundo comum de reserva para custear as despesas de conservação do edifício ou conjunto de edifícios...”. A razão de ser desta norma prende-se com o facto de, os edifícios de construção mais recente, terem uma necessidade sazonal, em períodos relativamente curtos (10 ou 20 anos), de receberem trabalhos de manutenção não estrutural, ligada ao revestimento exterior, à cobertura e a equipamentos (*máxime* os elevadores) que

⁸⁶⁶ Cf. Capítulo IV, 1.3.

⁸⁶⁷ No mesmo sentido MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 242.

⁸⁶⁸ Cf. artigo 1430.º, n.º1.

obrigam a avultadas despesas extraordinárias. A urgência dessas despesas, e o elevado montante das mesmas, poderia levar a que um conjunto de condóminos menos preparados tivesse que atrasar obras urgentes perdendo utilidades como, a título de exemplo, os ascensores. Outras despesas, como as de obras de reparação de uma cobertura que está a permitir infiltrações de água, a não serem imediatamente feitas, resultam em elevados prejuízos e mesmo a geração de responsabilidade civil. Com a existência de um fundo comum de reserva, suavemente engrossado, passa a existir uma antecâmara do próprio património dos condóminos para fazer face, ou pelo menos suavizar, esse tipo de despesas extraordinárias.

No que diz respeito ao montante de contribuição de cada condómino para o fundo, e das circunstâncias em que o mesmo pode ser usado, levantam-se-nos algumas dúvidas. O n.º 2 do referido artigo 4.º determina que “...*cada condómino contribui para esse fundo com uma quantia correspondente a, pelo menos, 10% da sua quota-parte nas restantes despesas do condomínio...*”. A lei, ao determinar o montante mínimo⁸⁶⁹ de contribuição de cada condómino, em função das suas outras despesas de condomínio está a criar uma desigualdade entre condóminos que tenham frações de igual permilagem, mas que, em virtude de, por exemplo, não necessitarem dos elevadores, tenham valores de despesas diferentes. À partida, e uma vez que o fundo poderia ser utilizado para responder por despesas para as quais concorrem as frações em proporção à sua quota, estaríamos a colocar os que não se encontram excluídos de quaisquer despesas, numa situação de desfavorecimento. Contudo, se atentarmos novamente ao n.º 1, e virmos que o fundo de reserva se destina a custear as despesas de conservação do edifício ou conjunto de edifícios, verificamos que não é estabelecida nenhuma regra que condicione a utilização do fundo em função das contribuições de cada um. O fundo, pode assim ser chamado a custear despesas, no caso que exemplificamos, dos elevadores e, aí, quem ficava prejudicado seria o condómino que, não utilizando os elevadores, para o fundo tinha contribuído.

A nosso ver, o fundo deve ser visto como um património autónomo destinado a cobrir o risco de necessidade de despesas de conservação de um prédio, tornando equitativa a relação entre valores de contribuição e permilagens de cada condómino em função da mesma variável existir, simetricamente, no risco coberto. Cada um contribui em função das despesas que efetivamente suporta, mas o fundo existe em

⁸⁶⁹ É legítimo, à assembleia de condóminos, deliberar no sentido de aumentar a percentagem de contribuição para o fundo comum de reserva.

benefício das necessidades de conservação, independentemente de aproveitarem dessa conservação todos ou apenas alguns dos condóminos.

Se, para determinada intervenção de reparação, o valor do fundo não for suficiente ou, a disposição aprovada pela assembleia não contemple a totalidade do valor da obra, o remanescente será pago de acordo com o artigo n.º 1426.º.

2.6. Dever de respeitar o título constitutivo

Quando, em sede do estudo dos direitos e obrigações dos condóminos quanto à fração autónoma, nos debruçamos sobre o dever de se abster de praticar quaisquer atos ou atividades que tenham sido proibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberação da assembleia de condóminos aprovada sem oposição⁸⁷⁰, entendemos que a norma do artigo 1422.º, n.º 2, alínea b) não se aplica a atos praticados nas partes comuns, mas apenas a atos praticados no interior de cada uma das frações autónomas. Com isto não quisemos dizer que, a respeito das partes comuns não existisse a possibilidade, originária ou posterior, de modelação do estatuto da propriedade horizontal, com consequente alteração das esferas jurídicas dos diferentes condóminos, no que diz respeito a essas partes comuns.

O artigo 1418.º, referente ao conteúdo do título constitutivo, obriga a que deste constem especificadas as partes do edifício correspondentes às várias frações, para que estas fiquem devidamente individualizadas e obriga a que nele seja fixado o valor relativo de cada fração⁸⁷¹. Para além disso, permite que o título constitutivo contenha a menção do fim a que se destina cada fração ou parte comum⁸⁷², um regulamento do condomínio, disciplinando o uso, fruição e conservação, quer das partes comuns, quer das frações autónomas⁸⁷³, e ainda contenha a previsão de compromisso arbitral para a resolução dos litígios emergentes da relação de condomínio⁸⁷⁴.

Centrando-nos, neste ponto, e não esquecendo, novamente, o conteúdo do artigo 1306.º, n.º 1, continuamos a seguir Orlando de Carvalho que, a respeito da

⁸⁷⁰ Cf. artigo 1422.º, n.º 2, d), que estabelece que “...é especialmente vedado aos condóminos... praticar quaisquer atos ou atividade que tenham sido proibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberação da assembleia de condóminos aprovada sem oposição...”.

⁸⁷¹ Cf. artigo n.º 1418.º, n.º 1.

⁸⁷² Cf. artigo n.º 1418.º, n.º, a).

⁸⁷³ Cf. artigo n.º 1418.º, n.º, b).

⁸⁷⁴ Cf. artigo n.º 1418.º, n.º, c).

tipologia associada aos direitos reais, entende que, “...*não podem constituir-se tipo de direitos das coisas além dos tipos que o sistema prevê... ..., os tipos admitidos são, porém, tipos «abertos» (e não tipos «fechados» como os do direito criminal) ...*”⁸⁷⁵. Sendo estes tipos abertos, com o título constitutivo, as partes que constituem a propriedade horizontal, e apoiadas na abertura que lhes é atribuída pela lei, podem modelar o próprio direito real na sua realidade concreta⁸⁷⁶.

Assim, com a modelação ao direito de propriedade da fração, em concreto, que o título constitutivo permite, de que é exemplo máximo a possibilidade de integração de um regulamento que discipline o uso, fruição e conservação até das partes comuns, é certo que, não esquecendo o tratamento específico que esta matéria imediatamente a seguir vai merecer, ficam os condóminos com a sua esfera jurídica limitada, no que diz respeito à compropriedade das partes comuns, às restrições de uso e fruição que esse título constitutivo contenha.

2.7. Dever de não praticar quaisquer atos ou atividades que sejam proibidas no regulamento do condomínio

Aqui, como vimos no ponto imediatamente antecessor, estamos a falar da limitação imposta pela propriedade horizontal no âmbito da utilização das partes comuns, e não das próprias frações autónomas, matéria essa que já foi, anteriormente, estudada⁸⁷⁷, não tendo assim aqui direta aplicação o artigo 1422.º, n.º 2, alínea d), não deixando no entanto de ter relevância sistemática interpretativa.

Também no que diz respeito às partes comuns, as duas modelações da propriedade horizontal possibilitadas, no título constitutivo ou em regulamento posterior, apenas permitem limitar o estatuto original – retirando ou restringindo, aos condóminos, direitos que, à partida, estes teriam – mas não permite que se acrescentem direitos aos previstos na lei. Na prática, o que acontece é que, a bem da possibilidade de todos os comproprietários se servirem, dentro das suas necessidades, das partes comuns, se regula essa utilização.

⁸⁷⁵ Cf. CARVALHO, ORLANDO DE, *ob. cit.*, 2012, pág. 192.

⁸⁷⁶ ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, 2000, pág. 320.

⁸⁷⁷ Cf. Capítulo III, 2.5.

A limitação à atuação de cada condômino nas partes comuns pode resultar, originariamente, do próprio título constitutivo, ou de uma modificação, posterior, dele. Nesse caso, não é necessária escritura pública ou documento particular autenticado, nos termos do n.º 1 do artigo 1419.º, nem o consequente acordo de todos os condôminos, bastando até que o administrador, unilateralmente, crie o regulamento⁸⁷⁸. Aqui, não é a propriedade horizontal que é modelada, mas apenas a utilização das partes comuns regulamentada, estando a assembleia apta, a qualquer momento, a proceder à alteração.

Este tipo de limitação de utilização das partes comuns tem relevância, nos dias de hoje, nas proibições existentes num cada vez maior número de condomínios, de se aplicar determinadas decorações nas partes comuns, o que chega mesmo à obrigação de respeitar um modelo de tapete da porta da fração, excluindo qualquer outro. Estas proibições, como vimos, podem ser livremente criadas, e, uma vez criada, são absolutas, tendo como única limitação o abuso do direito⁸⁷⁹.

Estando aqui em causa os interesses dos condôminos, não na atuação dos outros nas suas frações, mas sim em partes que, devido à compropriedade também são suas, não carece o condômino de cumprir nenhum requisito adicional, para poder exigir o cumprimento do regulamento pelos outros, que não a sua vontade, pois ao não ser cumprido esse regulamento é um direito próprio seu que está a ser violado e um interesse próprio seu que está a ser atacado, o que deve ser, na nossa ótica, visto como regime regra.

No entanto, não podemos deixar de atentar à aplicação em concreto desta norma, nomeadamente quando disciplina o uso e fruição de partes comuns que, devido à sua própria natureza, se destinam a servir, exclusivamente, apenas algum ou alguns condôminos. Se pensarmos num edifício dividido por pisos em que o patamar de entrada de cada piso seja separado e independente, por exemplo, através de uma porta corta-fogo, das escadas e elevadores, fácil é de perceber que as proibições feitas quanto ao seu uso apenas condicionam e afetam os condôminos que através desse patamar fazem o acesso às suas frações.

Neste caso concreto, não seria defensável que se obrigasse, como defendemos nas proibições relativas às frações propriamente ditas⁸⁸⁰, que cada condômino, que se

⁸⁷⁸ Cf. artigo 1429.º-A, n.º 2.

⁸⁷⁹ Cf. Capítulo IV, 1.2.

⁸⁸⁰ Cf. Capítulo IV, 2.6.

quisesse opor a determinada utilização vedada de uma parte comum por um seu vizinho, tivesse que fazer prova de um dano em concreto que resultasse dessa utilização. No entanto, também não nos parece que fosse defensável que, num condomínio, e atentos ao mesmo exemplo supra referido, em que o regulamento constante do título constitutivo obrigasse à colocação de determinado tapete à entrada das frações, só pudéssemos excluir a legitimidade do titular de uma fração do r/c em proibir um condómino do último piso de ter um tapete diferente, com base em abuso do direito.

Atendendo ao elemento sistemático da lei, e atentos à norma constante no artigo n.º 1424.º, n.º 3, que estabelece que “...as despesas relativas aos diversos lanços de escadas ou às partes comuns do prédio que sirvam exclusivamente algum dos condóminos ficam a cargo dos que delas se servem...”, verificamos que, claramente, o legislador entendeu que o regime, pelo menos no que diz respeito ao pagamento de despesas, aplicável à regulamentação das partes comuns, não deveria ser o mesmo consoante se tratassem de partes que servissem a generalidade dos condóminos ou de partes que se destinam, exclusivamente, à utilização de algum ou alguns dos condóminos, sendo essa exclusividade avaliada em abstrato⁸⁸¹.

Mantendo a mesma linha de raciocínio que ordena esta diferente responsabilização pelas despesas, entendemos que o mesmo princípio se deve aplicar à legitimidade para exigir a um condómino que se abstenha de praticar determinado ato em parte comum. Caso essa parte comum não se destina à utilização por parte dos condóminos titulares da generalidade das frações, apenas os que delas se podem servir estarão legitimados para proibir essa atuação vedada. Por exemplo, num condomínio em que cada patamar de acesso às frações só seja, em abstrato, utilizável para o acesso às frações, caso um dos condóminos pretenda colocar uma decoração proibida ou um tapete diferente do que o regulamento obrigue, só o condómino da outra fração terá, querendo, legitimidade para o intimar a cessar a atuação. Na prática, esta interpretação o que faz é inverter o ónus da prova, considerando que o condómino que pretender agir contra um outro, por atuação proibida sobre parte comum destinada ao uso exclusivo do outro, ou de terceiros, que não ele próprio, seja presumida em abuso do direito de facto, não carecendo o visado de fazer prova desse abuso.

⁸⁸¹ Cf. Capítulo IV, 2.1.

Assim, em conclusão, estando um ato ou atividade vedado, pelo regulamento constante do título constitutivo, em parte comum, tem qualquer outro condómino legitimidade para, sem necessidade de invocar um dano ou prejuízo próprio, impelir à sua cessação, tendo como único limite o abuso do direito, salvo no caso de se tratar de parte comum destinada ao serviço exclusivo (em abstrato) de alguns condóminos, situação essa em que, sem necessidade de invocar prejuízo ou dano próprio, só esses condóminos, que dela se servem, podem atuar.

2.8. Proibição de não alienar separadamente a propriedade da fração e a compropriedade das partes comuns (incindibilidade)

O n.º 2 do artigo 1420.º, a propósito da convivência entre o direito de propriedade das frações e da restante compropriedade, estabelece que “...o conjunto dos dois direitos é incindível; nenhum deles pode ser alienado separadamente ...”. Obviamente que, caso esta norma não existisse, seria posto em risco o próprio instituto da propriedade horizontal, pois poderíamos criar situações em que, a alienação em separado de fração ou de parte comum, permitisse que se deixassem de encontrar reunidos os requisitos do objeto previstos no artigo 1415.º.

Em legislação anterior, no Decreto-Lei n.º 40333, de 14 de Outubro de 1955, estava prevista uma exceção à incindibilidade entre as partes comuns e as frações autónomas, no segundo parágrafo do artigo 13.º, que estabelecia, a respeito das partes comuns, que “...as coisas referidas no corpo deste artigo, enquanto durar a propriedade horizontal, são indivisíveis e não podem separar-se das frações autónomas, salvo para serem substituídas por outras de igual função...”, conjugando-se esta norma com a constante no artigo 10.º, parágrafo único, do mesmo diploma, que estabelecia que “...o complexo destes direitos é incindível, salvo disposição da lei em contrário...”⁸⁸². Na realidade, em nossa opinião, só por imprecisão legislativa se pode considerar que tenha estado, com isto, prevista uma exceção, pois o que o legislador aí previa mais não era do que a possibilidade de levantar inovações nas partes comuns quando estas implicavam a eliminação de partes integrantes.

⁸⁸² Cf. MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 151.

Com a entrada em vigor do Código Civil, esta aparente exceção foi eliminada, pois não existe norma correspondente à do anterior artigo 13.º e da norma que substituiu o artigo 10.º foi retirada a expressão “...*salvo disposição da lei em contrário...*”. As inovações nas partes comuns podem no entanto, como vimos, continuar a acontecer, podendo ser eliminadas partes integrantes, se para isso houver a necessária aprovação da assembleia de condóminos⁸⁸³.

2.9. Ausência de preferência dos condóminos, comproprietários das partes comuns, na alienação de frações

O artigo 1409.º prevê que o comproprietário goza do direito de preferência na aquisição ou dação em cumprimento das quotas dos outros comproprietários. Tal como anteriormente vimos na obrigação dos proprietários de frações se manterem na indivisão, também aqui, aceitar-se, ainda que em abstrato, que o direito de preferência da compropriedade se estenderia às partes comuns de edifício em propriedade horizontal, redundaria numa solução que poderia parecer, à partida, indesejada.

A preferência na alienação das quotas da compropriedade resulta diretamente do carácter iminente pessoal deste direito e da impossibilidade material de gozo da coisa comumente detida, caso os contitulares não tenham um relacionamento suficientemente bom, ao ponto de permitir privar num espaço de necessária intimidade. Como consequência direta disto, compreende-se que sempre que um dos titulares pretende alienar a sua quota seja excessivo exigir-se, sem mais, ao outro ou outros contitulares, que vejam a intimidade do gozo da sua coisa devassada pela entrada nesse gozo, com direitos iguais aos seus, de um terceiro que pode ser um total estranho. Obviamente que o mesmo sistema jurídico que atribui o carácter potestativo ao direito de exigir a divisão àquele que não pretende se manter numa situação de compropriedade, não poderia deixar de permitir que cada um dos contitulares se afastasse da compropriedade alienando a sua quota, por um lado, como também não poderia deixar de permitir ao outro que pudesse reagir contra a entrada de um estranho para a contitularidade de uma coisa que já era, anteriormente, parcialmente sua, por outro.

⁸⁸³ Cf. Capítulo IV, 1.3.2.2.

Também aqui, em sede de direito de preferência na alienação, tal como atrás na indivisão da parte comum, o legislador criou para as partes comuns de um prédio constituído em propriedade horizontal, um regime de exceção em face da compropriedade, mas aqui de uma forma muito mais natural e intuitiva, pois quando se aliena uma fração autónoma de um prédio, o que motiva as pessoas a estabelecerem essa relação jurídica, é a própria fração autónoma, sendo a parte comum um mero acessório de menor relevância que jamais poderia, ainda que em sede de direito de preferência, só por si, ter interferência determinante no que toca aos efeitos do negócio.

Esta opção legislativa tem merecido a concordância da generalidade dos autores. Para Henrique Mesquita⁸⁸⁴ esta opção do legislador configura uma solução razoável, pois não se encontra nenhuma justificação para que a preferência existisse no que diz respeito às frações autónomas “...por (ser) contrário à razão de ser do instituto da propriedade horizontal...” e, no que diz respeito às partes comuns, porque “...tratando-se de elementos indispensáveis ao uso e fruição de todas as unidades independentes terão de pertencer a todos os condóminos...”.

Temos então que colocar esta situação jurídica em duas perspetivas diferentes. Uma coisa é o sistema que se aplica em face da nossa lei em vigor e outra é a conclusão quanto à opção do legislador. No que diz respeito ao sistema emergente da nossa lei, acompanhamos Vieira Miller⁸⁸⁵ quando considera uma redundância do legislador afastar expressamente o direito de preferência no artigo 1423º. Como o nosso sistema jurídico estabelece que o direito de preferência só existe nos casos expressamente previstos na lei, ou quando tenha sido constituído nos termos do artigo 414.º e seguintes, não se aceitando que a natureza jurídica da propriedade horizontal seja uma forma de compropriedade, não se poderia estender o regime jurídico da compropriedade a um direito onde esse instituto jurídico só existe em relação a elementos juridicamente acessórios do objeto sobre o qual incide o direito real, não sendo assim necessário, ao legislador, afastar o direito de preferência, uma vez que, sendo a preferência, efetivamente, consequência de uma norma extraordinária, nem analogicamente poderia merecer aplicação. No entanto, sendo a clara intenção do legislador afastar esta possibilidade, procedeu assim técnica e eficazmente bem, pois

⁸⁸⁴ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976, pág. 127.

⁸⁸⁵ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 195.

evitou que o conceito de compropriedade das acessórias partes comuns pudesse gerar diversas interpretações.

Quanto à correção da opção legislativa por obliterar a possibilidade da existência de preferência no âmbito da transmissão de frações integrantes de um edifício em propriedade horizontal, para compreendermos o espírito do legislador, temos que nos centrar, antes de mais, no preâmbulo do Decreto-Lei 40333. O legislador, consciente do carácter essencial da propriedade considerou que “...o direito de preferência constitui uma limitação aos poderes normais do proprietário e é quase sempre, como tal, uma restrição odiosa...”. Não deixa de nos parecer estranho que o legislador utilize o vocábulo “odiosa”, para se referir a esta restrição ao direito de propriedade, uma vez que, já na altura, esse direito sofria outras limitações⁸⁸⁶, dependendo mesmo, de algumas, a sua existência ou validade. Sendo um direito que caminhava para ser definido, expressamente, pela negativa, e dispondo, o proprietário, sobre o objeto no qual incide a sua propriedade, de todos os poderes que não estivessem limitados por lei, eram assim, essas limitações, fundamentais para se poder definir o próprio alcance do direito em causa.

Não nos podemos esquecer também que já na altura existia o conceito de direito de preferência, em sede de alienação da propriedade, no artigo 1566.º do código de Seabra⁸⁸⁷, direito esse que, a ser ele próprio odioso, não teria, com certeza, ascendido à dignidade de previsão legal. Assim, não nos parece, este argumento, suficientemente sólido para justificar a exclusão deste instituto do regime em estudo.

Outra justificação que o preâmbulo subscrevia para afastar a preferência, era o facto de ser mais um fator, em sede de contratos de transmissão de imóveis, para a vontade não coincidir com a declaração dos contraentes, pois “...é fonte de fraudes frequentes destinadas a afastar o seu exercício e, por via disso, é causa também de suspeições constantes quanto à sinceridade do preço referido pelos contraentes nos títulos de alienação.” Este argumento do legislador é, em nossa opinião, o mais frágil

⁸⁸⁶ Como as relativas a plantação de árvores e arbustos (artigos 2317.º a 2320.º do Código de Seabra), a escavações (artigos 2321.º a 2323.º do Código de Seabra), a construções e edificações (artigos 2324.º a 2327.º do Código de Seabra), a muros e paredes-meias (artigos 2328.º a 2337.º do Código de Seabra) e a construções de depósitos de materiais nocivos (artigo 2338.º do Código de Seabra).

⁸⁸⁷ Estabelecia o artigo 1566.º do Código de Seabra que “...Não podem os com-proprietários de coisa indivisível vender as estranhas a sua respectiva parte, se o consorte a quizer tanto por tanto. O com-proprietário, a quem não se der conhecimento da venda, pode, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranho, com tanto que a requeira no prazo de seis mezes. § unico. Se forem muitos os com-proprietários, preferirá o que tiver maior parte. Se as partes forem eguaes, haverão todos os consortes, ou os que quiserem, a parte vendida, feito previamente o deposito do preço...”.

e aquele que menos merece apoio, pois as divergências entre preços declarados e preços reais acontecem, na quase totalidade das vezes, declarando um preço de transação inferior ao preço real para assim baixar a taxa de IMT⁸⁸⁸ para o comprador e diminuir as mais-valias a que está sujeito o vendedor. No caso do argumento usado no preâmbulo, o perigo que existia de se verificar uma divergência entre a vontade e a declaração seria no sentido precisamente inverso, pois, se vendedor e comprador pretenderem evitar que os preferentes assumam a compra, é comum declararem um preço pelo qual o preferente não esteja disposto a adquirir, o que, por um lado, aumenta o valor de IMT e mais-valias cobrados pelo Estado e, por outro lado, evita que, em situações normais, a simulação com o intuito de prejudicar o Estado seja praticada. Uma ação de preferência poderia obrigar o proprietário a vender ao preferente pelo preço declarado, importando, para ele, um prejuízo elevado. Perante esta contra argumentação, em nosso entender, estamos aqui em face de uma clara vantagem do direito de preferência, e não, obviamente, de um defeito.

Outro argumento apresentado pelo legislador no preâmbulo em estudo, prende-se diretamente com o facto de esta figura facilitar a dissolução, por si só, da própria propriedade horizontal uma vez que “...a sua consagração (do direito de preferência) neste domínio parece contrariar de certo modo o espírito do novo instituto: o direito de preferência facilitaria a concentração do domínio sobre todo o prédio nas mãos de um ou alguns apenas dos primitivos proprietários, ao passo que o regime de propriedade horizontal visa não tanto favorecer a aplicação de capitais dos proprietários mais abastados como estimular o acesso a um lar próprio do maior número possível de famílias de modesta condição económica.” No mesmo sentido, Pires de Lima e Antunes Varela consideraram não ter lógica a “...atribuição de preferência aos condóminos, porquanto, longe de haver conveniência em por termo à comunhão, há todas as razões para mantê-la, no caso da propriedade horizontal...”⁸⁸⁹. Acrescentaram ainda que “...o prédio sujeito a este regime destinase precisamente à constituição de propriedades separadas sobre as várias frações, com todas as vantagens sociais, económicas e políticas ligadas ao instituto, e o direito de compropriedade dos condóminos sobre as partes comuns do edifício é um puro acessório da propriedade que recai sobre cada fração...”

⁸⁸⁸ IMT – imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis.

⁸⁸⁹ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 429

Também aqui somos obrigados a afastarmo-nos da opinião destes autores, e do próprio preâmbulo, pois não consideramos que o instituto da propriedade horizontal tenha valor próprio suficiente, para contrariar o fim para qual existe. Se o objetivo é conseguirmos fazer chegar às classes menos favorecidas a possibilidade de serem proprietárias da habitação própria, certo é que o preço será tão mais baixo, chegando assim cada vez a pessoas menos favorecidas, quanto mais habitações se conseguir erguer por metro quadrado de terreno. Nesse sentido, é natural que, cada vez mais, as autoridades públicas autorizem a construção de edifícios maiores, nos terrenos existentes, satisfazendo assim necessidades de maior número de pessoas.

Para que esses edifícios sejam construídos, principalmente no interior das grandes cidades, são necessários terrenos disponíveis, o que, com a massiva construção de décadas seguidas, são um bem cada vez mais escasso. Resta, assim, a hipótese de se construir novos edifícios, recorrendo à demolição de existentes, o que implica a aquisição da totalidade dos edifícios, que é relativamente fácil quando existe um único proprietário do edifício preexistente, mas muito difícil quando esse edifício tem diversos proprietários. Aceitar a preferência na compra das outras frações como direito inerente ao titular de cada uma delas, facilitaria a concentração de prédios completos num único titular, com ulterior facilidade na demolição e construção de prédios maiores, com conseqüente satisfação de necessidades habitacionais a mais famílias. Novamente, aqui, pensamos que a contra argumentação é mais forte que a argumentação e ainda não estamos convencidos quanto à necessidade de proibição, neste caso, do direito de preferência.

Não se pense, no entanto, que o aludido preâmbulo que temos seguido de perto em nenhum momento encontrou qualquer virtude nesta limitação à propriedade, pois chegou mesmo a concluir que *“...a consagração do direito de preferência tem, em contrapartida, a vantagem de prevenir em dados termos os diversos proprietários contra a possibilidade de ingresso de estranhos na comunhão do prédio...”* contrariando, de imediato, a sua argumentação alegando que *“...também é certo que um risco muito semelhante advém para os diversos proprietários da simples faculdade, incontestadamente reconhecida a cada um deles, de arrendar ou emprestar livremente a sua fração a terceiro e que a vantagem referida não chega, em todo o caso, para cobrir os inconvenientes da solução.”*

Não podendo deixar de considerar como boa esta argumentação, e muito pertinente a contra argumentação, inclinamo-nos menos, no entanto, para considerar

que a questão do arrendamento ou do empréstimo deva servir para objetar ao direito de preferência, mas, deva, isso sim, encontrar-se uma solução que não torne estas duas figuras como forma de contornar a limitação. Por um lado, no que diz respeito ao empréstimo, nada há a fazer, servindo-nos apenas de consolo que, eventualmente, o sentimento de liberalidade a ele inerente, indiciar a probabilidade de as características do beneficiário não se afastarem muito das do proprietário. Por outro lado, a mesma consideração já não é possível no que diz respeito ao contrato de arrendamento, uma vez que este, de natureza onerosa, é, a maioria das vezes, celebrado com pessoas, até aí, absolutamente estranhas ao proprietário, justificando-se mesmo, numa opinião totalmente especulativa, que também se criasse o direito de preferência em relação ao contrato de arrendamento.

Na defesa da oposição ao direito de preferência entre titulares de frações aparece também Henrique Mesquita⁸⁹⁰, dividindo a análise do problema em duas perspetivas, quer do ponto de vista da propriedade exclusiva sobre as frações, quer do ponto de vista da compropriedade das partes comuns. Em relação à primeira defende o reconhecido autor que o direito de preferência seria contrário à própria razão de ser do instituto, o que por nós já foi, *supra*, rebatido, e que, não existindo qualquer compropriedade das frações, nenhuma razão existiria para que a preferência fosse contemplada. Em relação às partes comuns, o autor defende que “...tratando-se de elementos indispensáveis ao uso e fruição de todas as unidades independentes, terão de pertencer a todos os condóminos...”, utilizando assim o facto de a compropriedade ser forçada para afastar o direito de preferência e reforçando, a nosso ver, o carácter acessório das partes comuns neste regime.

O facto de, até agora, termos visto que o direito de preferência não existe legalmente previsto como limitação à propriedade dos titulares das frações (ou mesmo como direito potestativo) não prejudica o facto de o mesmo ser criado convencionalmente e mesmo com carácter real, com base nos amplos poderes conferidos aos sujeitos pela liberdade contratual do artigo 405.º. Existem então três diferentes formas, ao nível fático, de se constituir este direito de preferência que são: a menção no *título constitutivo* da propriedade horizontal, o *pacto de preferência* e a *servidão predial*.

⁸⁹⁰ MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *ob. cit.*, 1976.

No que diz respeito à menção no título constitutivo, prevista no artigo 1418.º, é opinião de Rui Miller⁸⁹¹ que “...uma vez que estão exclusivamente em jogo interesses privados das partes, pode, pois, convencionar-se no título constitutivo da propriedade horizontal... ...que cada condômino assuma a obrigação de dar preferência aos outros no caso de venda da sua fração ou de ela ser objeto de outro contrato que com essa obrigação se compadeça...”. Não vamos entrar, neste momento do estudo, na problemática relativa ao conteúdo do título constitutivo, no entanto, sempre se dirá que a única forma consensual que, a nosso ver, existe para se fazer tal previsão, será no regulamento do condomínio, constante do próprio título como o possibilita o artigo 1418.º 2. b), se se admitir, como nós admitimos, que a alienação se insere nos poderes correspondentes ao uso da coisa de que se é titular. Por força do artigo 1419.º pode ainda, a qualquer momento, ser modificado o título constitutivo, por escritura pública, e com o acordo de todos os condôminos, sendo então consequentemente modificável, com estas formalidades, o regulamento constante do título original ou, caso nisso seja omissivo, entrar agora esse regulamento para o título como modificação do mesmo.

A outro nível, coloca-se a questão se nos debruçarmos sobre situações em que o regulamento de condomínio não existe ou, caso exista, seja omissivo no que a este tema diga respeito. Neste caso, temos que ter em consideração o teor do artigo 1429-A.º 2. “...a feitura do regulamento compete à assembleia de condôminos ou ao administrador, se aquela o não houver elaborado...”, concluiríamos, numa análise menos cuidada que, quer a assembleia, numa simples votação ordinária por maioria simples, quer mesmo o administrador na falta dela, poderia elaborar um regulamento que criasse esta limitação ao direito de propriedade. Obviamente que esta situação não se verifica e que, qualquer limitação nestes casos não produziria qualquer efeito, pois vejamos, o artigo 1422.º 2. d) que refere que “...é especialmente vedado aos condôminos... ...praticar quaisquer atos ou atividades que tenham sido proibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberação da assembleia de condôminos aprovada sem oposição...”. Ao analisarmos o conteúdo do direito de preferência, podemos concluir que, quando este existir, o titular do direito de propriedade, contrariando o princípio da liberdade contratual, fica obrigado a abster-se (o que é um ato omissivo) de alienar sem dar a preferência aos beneficiários desse direito, o que é

⁸⁹¹ MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 198.

o mesmo que dizer que ao proprietário está vedado praticar o ato de alienação sem dar o direito de preferência. Assim, confrontando a criação, a nível de regulamento de condomínio, de direitos de preferências entre os condóminos, e nos termos do artigo *supra* citado, o mesmo só poderá acontecer, cumprindo todas as formalidades, perante uma decisão da assembleia de condóminos, tomada sem oposição.

Perante uma restrição ao direito individual de cada condómino, ainda que acompanhada de igual restrição nos direitos dos outros condóminos, a situação foi entendida de igual maneira no que diz respeito a inovações, o que reforça, dada a sua analogia, a aplicação da lei *supra* explanada, dado que prevendo o artigo 1425.º, no seu n.º 1 que “...as obras que constituam inovações dependem da aprovação da maioria dos condóminos, devendo essa maioria representar dois terços do valor total do prédio...”, e no seu n.º 2 que “...nas partes comuns do edifício não são permitidas inovações capazes de prejudicar a utilização, por parte de algum dos condóminos, tanto das coisas próprias como das comuns...”. Não considerando nós que este direito, de não ver a sua utilização da coisa prejudicada, seja um direito indisponível, poderá cada um dos proprietários de frações aceitar, aprovando-a, que qualquer inovação que prejudique a sua utilização da coisa, desde que aprovada por dois terços dos condóminos, seja permitida. A analogia existente com a situação que presentemente estudamos prende-se com o facto de, ainda que não fosse, a criação de uma restrição ao direito de livre atuação do proprietário, uma inovação nos termos do artigo 1425.º, sempre seria, pelo menos, uma alteração aos elementos sobre os quais recai o gozo da coisa e, sendo no direito de preferência uma “inovação” que vai prejudicar a utilização a todos os condóminos, será assim, conseqüentemente, exigida a aprovação de todos.

Neste caso, torna-se incontornável que este direito de preferência obrigará todos os condóminos, presentes e futuros, e constituirá uma verdadeira modelação do direito do proprietário de fração em edifício em propriedade horizontal, o que, definitivamente, atribuirá eficácia real a esta preferência, tornando-a, assim, absolutamente eficaz.

Quanto à possibilidade de tal preferência existir de uma forma convencional, a lei prevê a constituição com carácter obrigacional, de pactos de preferência (artigo 414.º), consistindo, estes, numa convenção pela qual uma das partes assume a obrigação de dar preferência à outra na venda de determinada coisa. Sendo certo que uma das coisas que pode ser objeto do pacto de preferência, é a alienação de uma

fração autónoma, é perfeitamente possível e consonante com a lei, entre condóminos de um mesmo prédio, estabelecer estes pactos, unilateral ou reciprocamente, podendo mesmo ser atribuído carácter real (artigo 421.º). Aderimos, assim, totalmente, à posição de Rui Miller⁸⁹², que não encontra qualquer limitação, a este nível, ao princípio da autonomia privada “...uma vez que estão exclusivamente em jogo interesses privados...”.

No entanto, este direito de preferência, mesmo que com eficácia real, não pode ser visto como parte da propriedade horizontal, mas existe, isso sim, numa situação de total independência em relação a ela, podendo ser constituído a favor de um condómino do prédio em causa, ou a favor de qualquer outra pessoa.

Por último, abordando a questão das servidões prediais, sabendo que uma servidão é “...o encargo imposto num prédio em proveito exclusivo de outro prédio pertencente a dono diferente...”. Se nos centrarmos no conceito de prédio que nos é dado pelo Código Civil (artigo 204.º 2.)⁸⁹³, quer no que respeita a prédios rústicos, quer no que respeita a prédios urbanos, não conseguimos nelas inserir as frações de um prédio constituído em propriedade horizontal, o que, desde logo, objetaria a que as frações autónomas fossem objeto de servidões prediais por não se inserirem no conceito de prédio.

Pires de Lima e Antunes Varela, no seu Código Civil anotado, por duas vezes, admitem a servidão relativa às frações de um prédio constituído em propriedade horizontal, nomeadamente em comentários ao artigo 1420.º, onde referem que “...entre as várias frações autónomas, podem constituir-se relações jurídicas de natureza real, como se se tratasse de imóveis independentes... ...sobre determinada fração, por exemplo, poderá incidir um direito de servidão em benefício de uma fração contígua...”⁸⁹⁴, e em comentários ao artigo 1543.º referindo que “...nada obsta a que o proprietário de um prédio constitua uma servidão sobre um outro, de que ele seja mero comproprietário, ou que, inversamente, os comproprietários de certo prédio, adquiram uma servidão sobre um outro prédio, pertença exclusiva de um deles... ...e o que se diz relativamente à compropriedade pode afirmar-se, *mutatis mutandi*, em relação à propriedade horizontal... ...nuns casos, o proprietário ou

⁸⁹² MILLER, RUI VIEIRA, *ob. cit.*, pág. 198.

⁸⁹³ “Entende-se por prédio rústico uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica, e por prédio urbano qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro.”

⁸⁹⁴ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 416.

condômino adquire sobre a coisa comum um poder que não está sujeito às limitações fixadas no n.º 1 do artigo 1406.º; noutros casos, há pessoas (comproprietários, condôminos) que adquirem sobre determinado prédio poderes que de modo nenhum cabiam no âmbito do direito, de que são contitulares, sobre um outro prédio... »⁸⁹⁵.

Parece claro e inequívoco que estes autores admitem a constituição de servidões em que o “prédio” serviente e/ou o “prédio” dominante são uma fração de um prédio constituído em propriedade horizontal, não tomando, no entanto, posição quanto à natureza, ou falta dela, de prédio que poderá ter a fração.

Parece-nos claro que o legislador, ao utilizar o vocábulo “prédio”, ao definir servidão predial, em detrimento do vocábulo “imóvel”, quis acentuadamente restringir os objetos deste direito real a alguns, e não todos, os imóveis constantes no artigo 204.º, tendo como intenção inquestionável excluir das servidões prediais, como elemento serviente ou dominante (e não como objeto da disposição a que a servidão dá origem⁸⁹⁶) as águas; as árvores, os arbustos e os frutos naturais, enquanto estiverem ligados ao solo, e as partes integrantes.

No direito espanhol, este problema não se levanta, pois a solução encontrada no artigo 530.º 1., com o texto “...*la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño...*” foi diferente, sendo de realçar que o conceito de prédio, tal como o conhece o direito português, não tem aí a mesma relevância, pois na própria definição de imóveis, que na lei espanhola se encontra no artigo 334.º 1., constam somente “...*las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo o género adheridas al suelo...*”. O problema com o qual aqui nos defrontamos, com a solução encontrada pelo direito espanhol, deixaria de o ser.

Regressando ao direito português, e recentrando-nos na questão da justificação da extensão, do direito real de servidão, às frações de um prédio constituído em propriedade horizontal, vemos apenas dois caminhos a considerar. Ou o que está em causa, no facto das servidões só poderem existir tendo por objeto prédios, é a própria natureza do prédio em si, o que, uma vez que as frações são parte do prédio, será a mesma a natureza daqueles e a destas, ou, por outro lado, o objetivo desta limitação legal, não é eleger os prédios rústicos e urbanos, tal como a lei os define, como únicos

⁸⁹⁵ LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *ob. cit.*, 1987, pág. 617.

⁸⁹⁶ Utilizamos esta expressão para retratar situações como a das águas, que podem ser objeto da disposição a que a servidão dá origem, no caso de uma servidão de águas de um prédio em favor de outro prédio, mas não podem ser elemento serviente ou dominante pois seria um absurdo criar-se uma servidão predial em favor de “águas”, como imóvel, ou sobre “águas” recair um encargo em favor de um outro imóvel.

a poderem ser objeto das servidões, mas tão-somente excluir os outros imóveis previstos no artigo 204.º de serem, eles próprios também objeto deste direito. Caso não se encontre justificação para nenhuma destas duas razões de ser, teremos que concluir que não podem existir servidões prediais a onerar ou beneficiar frações autónomas de prédios constituídos em propriedade horizontal.

Se procurarmos a resposta através primeira das soluções propostas, não nos podemos afastar da opinião de Rodrigues Pardal e Dias da Fonseca quando afirmam que “...o prédio urbano é o edifício, a coisa... ...sendo a propriedade horizontal uma forma da propriedade de imóveis idêntica à compropriedade... ...assim, a fração autónoma é uma parte do prédio urbano...”⁸⁹⁷. Isto levaria a que toda e qualquer servidão que onerasse a totalidade do prédio, antes de existir propriedade horizontal, e que agora, materialmente só onerasse uma fração, manter-se-ia só em relação a essa fração. Por maioria de razão também depois de constituída a propriedade horizontal se poderiam constituir servidões sobre as frações, pois a situação jurídica final seria a mesma.

Esta solução enquadra-se perfeitamente com o princípio da indivisibilidade das servidões, enunciado no artigo 1546.º que reza que “...se o prédio serviente for dividido entre vários donos, cada porção fica sujeita à parte da servidão que lhe cabia... ...se for dividido o prédio dominante, tem cada consorte o direito de usar a servidão sem alteração nem mudança...”

Se esta solução, e a sua conjugação com o preceituado no artigo nos resolve, desde logo, a questão do ponto de vista do prédio serviente, o mesmo já não acontece, pelo menos de uma forma tão clara, no que diz respeito ao prédio dominante, pois a parte do prédio original, materialmente beneficiada pela servidão, após a constituição da propriedade horizontal, pode ficar adstrita a uma só fração, impossibilitando assim às outras que tirem o proveito necessário do prédio serviente para que se possa considerar que estamos perante um direito de servidão. A única forma de alguém continuar a beneficiar da servidão, depois de dividido o prédio dominante, é que a mesma continue a ser usada por cada um dos consortes cuja fração possa beneficiar materialmente do conteúdo da servidão anteriormente existente, nem que se trate de apenas um de entre todos os consortes.

⁸⁹⁷ PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *ob. cit.*, pág. 210.

Aparentando uma opinião em sentido contrário, diz-nos Menezes Cordeiro⁸⁹⁸, referenciando *Bonfante* e usando a expressão latina, «*per partes servitus neque adquiriri neque imponi potest*⁸⁹⁹» dando-lhe o significado de que “...a servidão grava todo o prédio dominante a favor de todo o prédio dominado...”. Analisando a citação de *Bonfante* e a significação que Menezes Cordeiro lhe dá, podemos, desde logo, encontrar uma disparidade. Enquanto o primeiro centra a sua opinião numa indivisibilidade do próprio direito de servidão, o segundo parece pretender significar com isso a indivisibilidade do prédio objeto da servidão.

Uma vez que, após a divisão de um prédio, pode um direito de servidão permanecer inalterado, quanto aos elementos do seu conteúdo, não obstante anteriormente recair sobre a totalidade de um prédio indiviso e, agora, recair sobre a totalidade de uma fração desse mesmo prédio, inclinamo-nos a seguir *Bonfante*, afastando-nos da interpretação de Menezes Cordeiro.

Por último, não podemos ignorar a opinião de Pinto Duarte quando nos diz que “...a razão histórica da definição adotada pelo legislador de 1867 terá estado no desejo de colocar ênfase no carácter real e não pessoal da relação jurídica em causa...”⁹⁰⁰, levando mesmo à impossibilidade de constituição, com carácter real, de servidões de natureza pessoal, estando, tal tentativa de constituição, ferida de nulidade (artigo 1306.º) o que permitiria desde logo concluir que, no seguimento de tudo o anteriormente explanado, o prédio a que se refere o artigo 1543.º, obriga, por um lado, ao afastamento de todos os imóveis previstos na lei que não se enquadrem, na totalidade ou como parte dela, no conceito de prédio urbano ou prédio rústico, estendendo a sua natureza de prédio às frações em que se possa constituir, tornando-se assim claro que as frações podem ser consideradas prédios para efeito de propriedade horizontal. Podendo ser consideradas prédios para efeitos de propriedade horizontal, servindo ou servindo-se de prédios terceiros, por maioria de razão, também o poderão ser, para efeitos de criação de servidões entre frações diferentes de um mesmo prédio.

Assim, sendo a servidão predial possível entre frações de um mesmo prédio constituído em propriedade horizontal e constando de um qualquer encargo imposto num prédio em favor de outro (aqui de uma fração em favor de outra ou mesmo de

⁸⁹⁸ CORDEIRO, A. MENEZES, «Direitos Reais», Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979, pág. 725.

⁸⁹⁹ «A servidão não pode ser adquirida nem imposta por partes».

⁹⁰⁰ DUARTE, RUI PINTO, *ob. cit.*, pág. 178.

todas as outras), poderá inequivocamente esse encargo ser a obrigação de dar preferência a todos os outros condóminos na venda ou dação em cumprimento da sua fração. Carecendo a propriedade horizontal de escritura pública para ser constituída nada obsta a que conste da escritura pública de constituição a constituição das servidões legais de preferência na aquisição entre todas as frações do prédio.

2.10. Proibição da renúncia à parte comum como meio de se desonerar das despesas necessárias à sua conservação ou fruição

Em relação à compropriedade, o n.º 1 do artigo 1411.º, estabelece que “...os comproprietários devem contribuir, em proporção das respetivas quotas, para as despesas necessárias à conservação ou fruição da coisa comum, sem prejuízo da faculdade de se eximirem do encargo renunciando ao seu direito...”. Se esta norma se aplicasse à propriedade horizontal, também aqui se poderiam os condóminos eximir do pagamento das despesas relativas às partes comuns, renunciando ao seu direito, o que na realidade obrigaria a que a incindibilidade se extinguiria e que, indiretamente, se pudessem alienar entre condóminos partes comuns, o que impediria o funcionamento do próprio instituto da propriedade horizontal.

Assim, e bem, ainda que não precisasse de o fazer expressamente, o legislador previu na última parte do n.º 2 do artigo 1420.º, que não “...é lícito renunciar à parte comum como meio de o condómino se desonerar das despesas necessárias à sua conservação ou fruição...”, afastando assim qualquer dúvida quanto à possibilidade legal deste mecanismo.

Se outra tivesse sido a opção do legislador, estaríamos a criar uma nova forma de alteração potestativa do título constitutivo, sem a maioria exigida pelo artigo 1419.º, dado que a única forma de se contornar a incindibilidade seria, permitindo que se abdicasse do direito como forma de desoneração das obrigações relativas às partes comuns, transformar a totalidade da fração do abdicante em parte comum do prédio, com a conseqüente alteração das quotas das remanescentes frações. Em conclusão, foi feliz o legislador na previsão desta norma.

2.11. Obrigação de se manter na indivisão

O artigo 1412.º, n.º 1. estabelece que “...nenhum dos comproprietários é obrigado a permanecer na indivisão, salvo quando se houver convencionado que a coisa se conserve indivisa...”. Isto significa que, através de uma ação de divisão de coisa comum, por regra, qualquer dos comproprietários pode exigir que a coisa seja dividida na proporção das diferentes quotas, ou que, sendo isto impossível, seja concentrada a propriedade num ou em alguns dos comproprietários procedendo este ou estes à indemnização do outro ou dos outros.

A possibilidade legal, em sede de compropriedade, de os sujeitos não se manterem na indivisão, prende-se com a extrema pessoalidade que está associada à disposição da coisa objeto do direito de propriedade. Cada comproprietário pode usar a totalidade da coisa sobre a qual incide o seu direito, desde que o seu uso não obste à utilização da coisa pelos outros comproprietários (artigo 1406.º 1.), o que faz com que, relativamente, por exemplo, a uma casa, que ambos os comproprietários possam nela habitar, dormir, tomar as suas refeições, etc., o que significa que terão necessariamente que partilhar a sua intimidade. Obviamente, que a concretização deste instituto jurídico depende em grande medida do relacionamento pessoal entre os contitulares e do seu grau de intimidade, intimidade essa que não pode ser meramente formal e de modo algum pode ser imposta, o que importa desde logo que, se a relação entre dois comproprietários se deteriora, ou se duas pessoas que efetivamente se dão mal, se tornam, fortuitamente, comproprietárias de uma mesma coisa (devido, por exemplo, a um processo sucessório), qualquer um deles, ainda que contra a vontade do outro, possa a qualquer momento requerer a divisão da coisa comum⁹⁰¹.

⁹⁰¹ Salvo exista, somente por convenção entre as partes, uma cláusula de indivisão. Neste caso o direito potestativo que cada um tem de exigir a divisão da coisa comum suspende-se durante o período transitório em que se mantenha em vigor a cláusula, sendo a cláusula de indivisão sempre temporária e tendo uma duração máxima de 5 anos (artigo 1412.º, n.º 2.), pode no entanto ser renovada as vezes que as partes entenderem. Se esta cláusula não fosse obrigatoriamente temporária poderíamos estar a criar uma forma indesejada de servidão, não de um prédio em favor de outro prédio, mas das quotas ideais em que se divide o prédio reciprocamente entre si. Caso exista cláusula de indivisão acordada por anteriores comproprietários e transmitentes dos direitos aos atuais, contanto que essa mesma cláusula, nos termos do artigo 1412.º, n.º 3, tenha sido registada, mantém-se em relação a esses. Esta cláusula de indivisão, corretamente constituída e registada, tratando-se de móveis sujeitos a registo ou imóveis, preenche todas as características para a podermos considerar um direito real autónomo, semelhante, com as devidas ressalvas, a uma servidão, uma vez que tem eficácia absoluta, reforçada até pela exigência do registo, funcionando aqui, tal como junto dos outros direitos reais de gozo, como requisito de oponibilidade.

Uma vez que, no que diz respeito às partes não autónomas da propriedade horizontal, o regime é o da compropriedade, seria formalmente lógico que o artigo 1406.º também a elas se aplicasse. No entanto, o artigo 1423.º aponta que “...os condóminos não gozam do direito de preferência na alienação das frações nem do direito de pedir a divisão das partes comuns...” o que expressamente cria aqui um regime excecional no âmbito da própria compropriedade. Nem outra podia ser a opção do legislador, pois, como atrás referimos, o conjunto dos dois direitos (propriedade da fração autónoma e compropriedade das partes comuns) é incidível⁹⁰², não podendo ser alienados separadamente, o que levaria a que o exercício do direito potestativo de divisão das partes comuns, numa hipótese académica, implicasse também a divisão das frações autónomas, sendo então necessário aceitar, contra o que é a nossa opinião, que a natureza jurídica da propriedade horizontal fosse a de uma forma de compropriedade, do que já anteriormente nos demarcamos, e o que estaríamos a fazer seria a dividir a totalidade do prédio todo ele constituído em compropriedade.

Tal situação trazer-nos-ia a um dilema, pois para se fazer a divisão do prédio detido em compropriedade, ou se considerava que o mesmo era materialmente indivisível, o que já de si seria um absurdo, ou, e aí teríamos o nosso dilema, pois em processo de divisão de coisa comum, a requerimento de qualquer dos proprietários de um prédio, desde que, no prédio em causa, se verifiquem os requisitos do objeto previstos no artigo 1415º (artigo 1417º, n.º 2.), teríamos constituído nova propriedade horizontal voltando exatamente à mesma situação do ponto de partida, o que seria um total absurdo.

Não se poderá também, na mesma ordem de ideias, considerar que, na específica compropriedade das partes comuns de um prédio, procedam as mesmas razões que justificam o direito potestativo de exigir a divisão na compropriedade, pois toda a convivência e intimidade que só uma relação pessoal próxima possibilita na compropriedade, não tem aplicação aqui dado o carácter acessório e público das partes comuns de um prédio, ficando ressalvada a intimidade da vida privada de cada contitular para o interior da sua fração autónoma.

Esta boa opção do legislador de comunhão forçada das partes comuns, com a qual concordamos na totalidade, reforça a natureza jurídica da propriedade horizontal

⁹⁰² Cf. artigo 1420.º n.º 2.

como uma das formas, ainda que mais limitada, de se organizar o exercício da soberania inerente ao direito de propriedade.

V – CONCLUSÕES

A propriedade horizontal, objeto do presente estudo, é um instituto especial, no âmbito do ramo do direito civil “*do domínio das coisas*”, dedicado ao domínio soberano de uma fração de um edifício, de acordo com determinado estatuto previsto na lei e, ulteriormente, no título constitutivo, que tem, como consequência implícita, o co domínio de partes comuns.

Historicamente, consideraremos estar perante propriedade horizontal desde que reconheçamos construções jurídicas, expressas ou tácitas, que tenham como elemento estruturante a existência, num mesmo edifício, de partes próprias, independentes, ligadas funcionalmente a partes comuns.

Quer investigando a antiguidade clássica, quer, mais tarde, os períodos romanos, foram identificadas situações que configuram figuras jurídicas, no Direito Romano, próximas da propriedade horizontal, mas, não vemos evidência de que este instituto tenha existido em Roma ou em período anterior, e todas as tentativas de o encontrar, ou são mais próximas de direitos reais (como a superfície, usufruto ou servidão), ou são apenas especulativas.

Entendemos que, durante a idade média, nem em Portugal nem no resto da Europa apareceu, ainda que embrionariamente, o instituto da propriedade horizontal, mas é evidente que os motivos que, como fonte de direito em sentido sociológico, vieram a justificar, em fases seguintes, a criação do instituto, já se começavam a manifestar. No realidade, em nenhuma das regulamentações surgidas na altura, de carácter consuetudinário, se visava dividir edifícios em frações, com partes comuns e próprias, ligadas funcionalmente, com consequente divisão das despesas, mas, tão-somente, se pretendia, perante situações de facto, proibir a devassa e permitir a sã convivência entre vizinhos.

Consideramos sim, ter sido no pós-Revolução Francesa o verdadeiro nascimento da propriedade horizontal como instituto jurídico. No entanto, a sua regulamentação era pobre, escassa, e incapaz de responder a necessidades decorrentes da construção intensiva que o futuro, inevitavelmente, trouxe, e não se encontram textos que sustentem atenção, ao instituto, quer da doutrina quer da jurisprudência, o

que nos leva a concluir que a importância dele foi, no mínimo, reduzida. O instituto visou responder a casos pontuais e não a massificar a construção de prédios.

No pós I Grande Guerra, o instituto da propriedade horizontal, tanto em Portugal, como no resto do mundo, cresceu, desenvolveu-se e consolidou-se, passando de figura jurídica pontual e formal, para a mais comum forma de domínio urbano sobre a habitação, com uma determinante preponderância económica na generalidade dos países.

No que diz respeito à natureza jurídica da propriedade horizontal, concluímos que se trata de um instituto em especial, que confere ao titular um poder soberano sobre a fração de um edifício, regularmente constituído em propriedade horizontal, de acordo com determinado estatuto previsto na lei e, ulteriormente, no título constitutivo, que permite a utilização plena da fração e se estende sobre as partes comuns num regime próprio.

São partes necessariamente comuns do prédio objeto da propriedade horizontal, e como tal insuscetíveis de apropriação individual, por um lado, os elementos estruturais do prédio, onde se incluem os elementos de implantação, ou seja o solo, os elementos de estrutura construtiva, referentes a alicerces, colunas, pilares, paredes mestras e todas as partes restantes que constituem a estrutura do prédio e os elementos de cobertura, referentes ao telhado e aos terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso de qualquer fração e, por outro lado, os elementos de utilização necessária comum, constituídos pelos elementos de acesso das pessoas às frações e pelos elementos de acesso de serviços às frações.

São partes presumivelmente comuns os pátios e jardins anexos ao edifício, os ascensores, as dependências destinadas ao uso e habitação do porteiro, as garagens e outros lugares de estacionamento, bem como, em geral, todas as coisas que não sejam afetas ao uso exclusivo de um dos condóminos.

No caso específico do solo, entendemos que estes não incluem o logradouro. O logradouro não é parte necessariamente comum, uma vez que a possibilidade aí aberta de o título constitutivo afetar ao uso exclusivo de algum dos condóminos certas

zonas comuns, se aplica apenas a zonas que tenham desde logo a natureza de comum, e portanto, quando aplicada a logradouros, não em relação a todos, mas apenas aqueles que são efetivamente comuns. Solo será então apenas a porção de terreno em que assenta o edifício comum.

São frações autónomas as frações de um edifício em condições de constituírem unidades independentes e que sejam distintas e isoladas entre si, com saída própria para uma parte comum do prédio ou para a via pública, concluindo-se também que o estatuto de fração autónoma se poderá prolongar por diversos locais do edifício, juridicamente contíguos e funcionalmente interdependentes ou complementares em relação a cada fração, não podendo cada um deles, deixar de ter, individualmente, saída própria para parte comum do prédio ou para a via pública.

Quanto às formas de constituição, a propriedade horizontal pode ser criada através de negócio jurídico, por escritura pública, documento particular autenticado ou documento particular nos termos do Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de Julho, sendo nulas outras formas de constituição, através de usucapião, nos termos gerais do instituto, através de decisão judicial, não considerando, no entanto, que a enumeração das formas de constituição da propriedade horizontal por decisão judicial, prevista no artigo 1417.º, n.º1, tenha carácter taxativo, mas aceitando que se possa constituir em ação de divisão de coisa comum, quer para extinguir uma compropriedade, quer para ultrapassar um impasse causado pela construção sobre edifício baseada no direito de superfície previsto no artigo 1526.º, aceitando também que possa ser constituída em processo de inventário, ou ainda, em execução específica de contrato promessa de compra e venda de uma fração, com correspondente a promessa unilateral de constituição da propriedade horizontal pelo promitente vendedor ou, desde a alteração ao Código Civil provocada pela redação da Lei n.º 6/2006, de 27 de Junho, e, por último, pode também ser criada através de decisão administrativa, atualmente nos casos expressamente previstos na lei, mas também abre portas para, no futuro, eventualmente, conferir às câmaras municipais as competências globais de constituição deste instituto.

O direito de exigir a venda do terreno e dos materiais quando da destruição superior a três quartos, afigura uma natureza de direito potestativo, podendo o título

constitutivo permitir uma maioria diferente ou uma obrigação de reconstrução em qualquer caso, independentemente da fração de prédio destruída.

Por ter que ser outorgada pela unanimidade dos condóminos, também uma alteração posterior ao título constitutivo, pode estabelecer um regime diverso. Qualquer outra deliberação diferente, ainda que obtida por unanimidade, não pode produzir os mesmos efeitos que a alteração do título.

Se a destruição do edifício for inferior a três quartos pode, a assembleia, deliberar a reconstrução com dupla maioria, de número de condóminos e de capital investido, nos termos do n.º 2 do artigo 1428.º.

No caso de não se conseguir obter a dupla maioria não fica deliberada a reconstrução nem fica aprovada a venda do terreno e dos materiais.

Caso a reconstrução seja aprovada com a dupla maioria exigida, mas subsistam condóminos que, tendo votado contra, não quiserem participar nas despesas, a única estatuição que a lei determina, é que, nos termos do n.º 3 do artigo 1428.º, os condóminos que não quiserem participar nas despesas de reconstrução, uma vez esta aprovada, podem ser obrigados a vender os seus direitos a outros condóminos, direitos esses que incluem as fração e, conseqüentemente, a compropriedade das partes comuns, segundo o valor, entre eles, acordado ou fixado judicialmente. Trata-se de um direito potestativo de aquisição em relação ao condómino que esteja na disposição de adquirir a fração em causa e apenas limita essa possibilidade de aquisição se mais do que um dos condóminos se apresentar como comprador

O direito potestativo de junção de frações existe para o titular quer para frações contíguas, vertical ou horizontalmente, quer ainda para frações não contíguas mas acessórias, e com, em abstrato, dependência funcional, não sendo obrigatória ainda que a junção material, se possível, já tenha sido concretizada. Caso o fim das frações seja diferente, a junção só é possível se o fim de uma, for funcionalmente acessório do fim da outra.

A divisão de frações só é possível ou por acordo de todos os condóminos, ou no caso de o título constitutivo o permitir, ou ainda, no caso de prévia junção potestativa de frações, a escritura de modificação do título constitutivo correspondente a essa junção o preveja, considera-se, no que a essa nova fração diz respeito, que a mesma é divisível por autorização do próprio título constitutivo e tendo como limite mínimo de fracionamento o original da propriedade horizontal.

Estando a propriedade horizontal sujeita às limitações impostas em geral aos proprietários e comproprietários de coisas imóveis pelos respectivos institutos conclui-se que, por remissão para a propriedade, está sujeita a restrições de origem convencional, com meros efeitos obrigacionais, e de origem legal, quer de direito público, onde se incluem a expropriação e a requisição, quer de direito privado, especificamente proibição de emissão de fumo, proibição de produção de ruído e factos semelhantes, proibição de instalações prejudiciais, proibição de escavações, obrigação de permissão de passagem momentânea, proibição de manutenção do prédio em ruína de construção, obrigação de não impedir o escoamento natural de águas, obrigação de efetuar obras defensivas de águas, sujeição aos limites à construção e edificação, bem como as limitações relativas à plantação de árvores e arbustos e apanha de frutos.

O condómino tem o dever de se abster de prejudicar, quer com obras novas quer com falta de reparação exclusivamente na sua fração autónoma, a segurança, de forma imperativa, e a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício, desde que visível do exterior, aqui supletivamente, se algo diferente não estiver previsto no título constitutivo ou autorizado pela assembleia de condóminos aprovando por maioria representativa de dois terços do valor total do prédio.

Cada condómino tem o dever de se abster de destinar a fração a usos ofensivos dos bons costumes, se a atuação não estiver integrada em nenhuma outra proibição legal, se se verificar que a conduta do agente é, em abstrato, integrável no conceito de desadequação moral pela sociedade como um todo, se se verificar que a atuação acontece em público e de modo a ser legitimamente cognoscível e se se verificar que pelo menos outro condómino vê tornar-se, com a atuação, degradada ou mais perigosa

a vivência no edifício, ou veja a sua fração autónoma, direta ou indiretamente, desvalorizada ou depreciada.

Cada condômino tem também o dever de afetar a sua fração apenas ao fim a que esteja destinada, consistindo esse fim na atividade para que existe a fração, devendo, caso conste do título constitutivo, ser interpretado segundo uma lógica híbrida subjetivista/objetivista, com preponderância objetivista, dando maior relevância às condições do momento em que é aplicado esse fim do que às circunstâncias e objetivos do momento em que foi elaborado, não podendo, no entanto, ser considerado um fim que não tenha na letra do título um mínimo de correspondência verbal, e *atualista*, evoluindo de acordo com a evolução da sociedade, evitando que a interpretação impeça uma utilização não expressamente excluída da fração que não beneficie ou não impeça prejuízo legítimo a outro ou outros condôminos.

Tem legitimidade para promover ação de condenação contra o condômino que venha a dar uso que altere o fim à sua fração, apenas cada um dos outros condôminos individualmente considerados. O administrador não tem legitimidade, nem por direito próprio nem com base numa deliberação da assembleia, salvo em seu nome caso seja, ele próprio, também condômino. O tempo, não tem relevância como fator de estabilização de um fim diferente do determinado no âmbito da usucapião, por não estarmos na presença da constituição original de qualquer direito real, mas a tolerância consciente, ao longo de prolongado período de tempo, de uma alteração do fim, pode integrar uma posterior ação no instituto do abuso de direito.

O condômino tem o dever de se abster de praticar quaisquer atos ou atividades que tenham sido proibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberação da assembleia de condôminos aprovada sem oposição, tendo estas restrições ao pleno uso da sua fração natureza claramente real, está restringida a sua constituição apenas à exclusão de atividades cuja prática implicasse uma moléstia concreta a, pelo menos, outro condômino, e têm uma existência meramente relativa, obrigando o condômino que contra elas se queira opor a fazer prova da lesão concreta de um interesse seu cuja tutela esteja na natureza da restrição.

A limitação à utilização das partes comuns do edifício, não alterando nem o seu destino nem a sua afetação, pode ser deliberada por assembleia de condóminos convocada para o efeito desde que obtenha uma maioria dos votos e representativa de pelo menos metade do capital total do prédio. Essa deliberação pode, no entanto, ser judicialmente reduzida ou anulada, peticionado por qualquer condómino e tendo em conta a razoabilidade da situação concreta, com base na figura do abuso do direito.

Ao administrador do condomínio, salvo se a assembleia de condóminos já o tiver elaborado, cabe elaborar um regulamento do condomínio, podendo ser livremente alterado pela assembleia, não podendo, no entanto, o contrário acontecer. Caso o administrador, estando a isso obrigado, não elabore o regulamento, é legítimo a qualquer dos condóminos requerer a sua exoneração à assembleia ou ao tribunal.

Todos os condóminos têm o direito de participar na administração do condomínio integrando a respetiva assembleia.

Caso a assembleia não tenha, em data e local da convocatória, o quórum constitutivo de metade do capital representado, pode constar da convocatória uma outra data para a segunda reunião, que pode ser em hora posterior do mesmo dia. Em segunda convocatória, a assembleia pode deliberar por maioria dos votos dos condóminos presentes, desde que estes representem, pelo menos, um quarto do valor total do prédio.

As deliberações inválidas tomadas por uma assembleia de condóminos, para além de anuláveis, poderão ainda ser inexistentes, nulas ou ineficazes.

O órgão executivo da administração das partes comuns do edifício é o administrador do condomínio, e, uma vez nomeado, fica investido num mandato com poderes de representação, tendo funções que concernem à assembleia de condóminos, funções de carácter financeiro e funções autónomas do administrador. Nestas últimas incluem-se a obrigação de verificar a existência de seguro obrigatório contra o risco de incêndio, propondo à assembleia o montante do capital seguro, a obrigação de praticar os atos conservatórios dos direitos relativos aos bens comuns, a obrigação de elaboração de regulamento do condomínio e de regulamentar o uso das coisas comuns

e a prestação dos serviços de interesse comuns, a representação do conjunto dos condóminos perante autoridades administrativas, a legitimidade indireta para agir em juízo, a obrigação de assegurar a execução do regulamento e das disposições legais e administrativas relativas ao condomínio, a obrigação de guardar e manter todos os documentos que digam respeito ao condomínio, a obrigação de assegurar a publicitação das regras respeitantes à segurança do edifício ou conjunto de edifícios, designadamente à dos equipamentos de uso comum e a obrigação de facultar cópia do regulamento aos terceiros titulares de direitos relativos às frações. Dos atos do administrador cabe recurso para a assembleia, permitindo assim ao mandate, através da assembleia de condóminos, revogar as decisões do seu mandatário, tendo, neste caso, legitimidade para convocar a assembleia destinada a apreciar o recurso de um ato do administrador o condómino que dele pretende recorrer.

Perante a necessidade de se fazer obras em parte comum deve, cada condómino, notificar o administrador para as efetuar. Caso este não as faça, se as obras forem enquadradas como urgentes, pode o condómino proceder à sua imediata realização, apresentando a respetiva conta ao condomínio. Caso efetue o pagamento ao empreiteiro deve solicitar a cada um dos outros condóminos o valor da sua quota-parte nas obras. Se as obras não forem enquadradas como urgentes, e perante o silêncio do administrador, resta-lhe, ou convocar potestativamente uma assembleia de condóminos para aprovar a obra, e ordenar a sua execução ao administrador, anulando judicialmente a deliberação caso não o faça, ou fazer a obra pelo melhor preço e exigir o pagamento, nos termos do enriquecimento sem causa, aos outros condóminos.

Por regra, as despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns do edifício e ao pagamento de serviços de interesse comum são pagas pelos condóminos em proporção do valor das suas frações. A exceção dos n.ºs 3 e 4 do artigo 1424.º, só desonera qualquer condómino da contribuição para as despesas relativas aos lanços de escadas e elevadores, se fizer prova, em abstrato, que não existe utilização desses lanços de escadas ou elevadores ao serviço da sua fração.

No caso especial das rampas de acesso e das plataformas elevatórias colocadas nos termos do artigo 1425.º, n.º 3, concluímos que as mesmas podem ser colocadas

por qualquer condômino que tenha necessidade de acesso à sua fração por pessoa com mobilidade condicionada, no exercício de um direito potestativo pelo qual introduz uma inovação em parte comum do prédio, passando essa inovação a ser parte integrante dessa parte comum.

No caso de uma fração ser objeto de um contrato de locação financeira deve, em primeira abordagem, ser solicitado o pagamento das quotas-partes das despesas comuns ao locatário que, uma vez efetuado, desonera o locador. No incumprimento daquele, resta ainda a possibilidade de reclamar o pagamento junto do locador, que é sucessiva e solidariamente responsável, constituindo-se no direito de exigir o regresso do locatário.

No caso do arrendamento urbano nada impede que se faça um acordo tripartido, entre senhorio, inquilino e administrador do condomínio, para que as despesas possam ser diretamente cobradas ao arrendatário. No entanto, aqui não se estarão a transferir obrigações, mas simplesmente a permitir que um terceiro cumpra em nome do verdadeiro devedor. Se o arrendatário não cumprir, quem entra em mora é o verdadeiro devedor, o proprietário da fração.

No caso de uma fração estar hipotecada e o condômino não estar a cumprir com o pagamento das suas quotas-partes de despesas comuns, ao mesmo tempo que não cumpre as obrigações garantidas à instituição financeira pela hipoteca, o credor hipotecário, que assuma a posse, porque acordou já a entrega da fração, em dação em cumprimento, como forma de extinção das suas obrigações, é o responsável pelo pagamento das despesas do condômino.

As despesas com as inovações ficam a cargo dos condôminos em proporção do valor das suas frações. Excecionalmente pode um condômino eximir-se do pagamento dos seus encargos com uma inovação se não tiver aprovado a inovação e se tiver recusado o pagamento, fundamentadamente, e a mesma recusa ser tida, judicialmente, como fundada. Neste caso, não fica comproprietário na inovação mas passa a gozar de um direito potestativo de aquisição dessa compropriedade.

Em relação às recentes alterações legislativas relativas a rampas de acesso e plataformas elevatórias, também foi, sobre elas criado um direito potestativo de aquisição na comunhão do direito do uso exclusivo da inovação. Não é, no entanto, um direito de exercício absolutamente livre, estando condicionado ao facto de um dos membros do agregado familiar do condómino ser uma pessoa com mobilidade condicionada.

Estando um ato ou atividade vedado, pelo regulamento constante do título constitutivo, em parte comum, tem qualquer outro condómino legitimidade para, sem necessidade de invocar um dano ou prejuízo próprio, impelir a sua cessação tendo como único limite o abuso do direito, salvo no caso de se tratar de parte comum destinada ao serviço exclusivo (em abstrato) de alguns condóminos, situação essa em que, sem necessidade de invocar prejuízo ou dano próprio, só esses condóminos, que dela se servem, podem atuar.

O condómino não goza, devido ao carácter iminente pessoal do mesmo, de direito de preferência na alienação de frações de outros condóminos, salvo se tal direito for criado convencionalmente por menção no regulamento constante do título constitutivo, por servidão predial criada entre frações ou por pacto de preferência. No primeiro e segundo casos tem eficácia real, e no terceiro terá apenas se as partes lha tiverem atribuído.

O condómino não pode renunciar à compropriedade das partes comuns, nem à propriedade da própria fração, em favor dos outros condóminos, como forma de se desonerar do pagamento das despesas relativas às partes comuns e não existe a possibilidade legal, potestativa, de os condóminos não se manterem na indivisão.

VI – BIBLIOGRAFIA

AEBY, FRÉDÉRIC, *La Propriété des Appartements: ses Aspects Juridiques et Pratique* (2.^a edição), Bruylante, Bruxelas, 1967

ALARCÃO, RUI DE, «Sobre a invalidade do negócio jurídico», in *Separata do n.º especial do BFD, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981

ALMEIDA, LUÍS PEDRO MOITINHO, *A Propriedade Horizontal*, 2.^a ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1997

ALVES, JOÃO, *Propriedade Horizontal – As Limitações de Direito Privado à Realização de Obras Que Prejudiquem a Segurança, a Estética e a Linha Arquitetónica do Edifício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987

ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, II* (4.^a reimpressão), Almedina, Coimbra, 1974

ARAÚJO, ANTÓNIO MAGRO BORGES DE, *Propriedade Horizontal: constituição por negócio jurídico*, Livraria Pax, Braga, 1968

ARAÚJO, ANTÓNIO MAGRO BORGES DE, *A Propriedade Horizontal e o Notariado – Minutas e Contratos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil Reais* (5.^a edição), Coimbra Editora, Coimbra, 2000

AZEVEDO, PHILADELPHO, *Destinação do Imóvel*, Alba, Rio de Janeiro, 1932

BARASSI, LODOVICO, *Proprietà e Comproprietà*, Giuffrè-Editore, Milão, 1951

BATLLE VÁSQUEZ, MANUEL, *La Propriedad de Casas Por Pisos*, Marfil, Alcoy, 1954

BETTI, EMILIO, «Diritto Romano e Dogmatica Odierna», in *Archivio Giuridico “Filippo Serafini”*, 4.^a série, vol. XV, 1928, pág. 129 e ss. e vol. XVI, 1928, pág. 26 ss.

BETTI, EMILIO, «Educazione Giuridica Odierna e Ricostruzione Del Diritto Romano», in *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano*, Ano XXXVIII, fasc. I-III, 1930

BICA, ANTÓNIO, «O Regime Jurídico dos Baldios», in *Voz da Terra*, janeiro, 2003

BRANCA, GIUSEPPE, *Comentario del Codice Civile*, 6^a ed, Zanichelli, Bolonha, 1982

CAMPOS, DIOGO LEITE, *Locação Financeira*, Lex-Edições Jurídicas, Lisboa, 1994

CANOTILHO, GOMES e MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada* (4^a edição, revista), Coimbra Editora, Coimbra 2007

CARVALHO, ORLANDO DE, «Teoria Geral da Relação Jurídica. Seu sentido e limites», in *RDES*, ano XVI, 1969

CARVALHO, ORLANDO DE, *Direito das Coisas* (1^a Edição), Coimbra Editora, Coimbra, 2012

CARVALHO, ORLANDO DE, *Teoria Geral do Direito Civil* (3^a Edição), Coimbra Editora, Coimbra, 2012(b)

CIMMA, MARIA ROSA, «Norma Giuridica e Effettività Del Diritto: Alcune Osservazioni In Tema Di Superficie», in *Lezione tenuta presso l'Associazione*, Nápoles, 2010

COELHO, LUÍS DA CÂMARA PINTO, *Da Compropriedade no Direito Português*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1939

COELHO, PEREIRA, «Breves Notas ao Regime de Arrendamento Urbano». In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 125, n.º 3822

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Manual de Direito Bancário* (3.^a edição), Almedina, Coimbra, 2006

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direitos Reais*, Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1979

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Do abuso do direito: estado das questões e perspectivas*, http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614

DEUSDADO FERREIRA, D. A. M., *A propriedade de Casa por Andares e o Problema da Habitação*, Livraria Morais, LISBOA, 1954

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, «Reserva de propriedade», In *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977* (3.^o volume), Coimbra Editora, Coimbra, 2006

DUARTE, JACINTO, *Propriedade Horizontal, Teoria e Prática*, Gonçalves & Cardoso, Faro, 1990

DUARTE, RUI PINTO, *Curso de Direitos Reais*, Princípiã, Cascais, 2002

ENES, THIAGO, «O distante, o governo e o governo à distância: administração local portuguesa e a atuação dos oficiais camarários como juizes de pequenas causas», in *Temporalidades – Revista Discente do Programa de Pós-graduação em História da UFMG*, vol. 3, n.º1, Janeiro/julho de 2001

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I* (2ª edição), Lex, Lisboa, 1995

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Lições de Direitos Reais* (4ª edição), Quid Iuris, Sociedade Editora, Lisboa, 2003

FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO A., *Direito Bancário* (2ª edição), Quid Iuris, Sociedade Editora, Lisboa, 2009

FERREIRA, JOSÉ DIAS, *Código Civil Portuguez Annotado, Vol. V* (2ª edição), Imprensa da Universidade, Coimbra, 1876

FONSECA, MANUEL BAPTISTA DIAS DA, «Propriedade Horizontal» em *O Direito*, 124.º, 1992, I/II

FURTADO, JORGE HENRIQUE DA CRUZ PINTO, *Curso de direito dos arrendamentos vinculísticos* (2ª edição, revista e ampliada), Livraria Almedina, Coimbra, 1988

FRAGALI, MICHELE, *La Comunione, Trattato di Diritto Civile e Commerciale a cura di Cicu et Messieno vol.III, t. 1*, Dott. A.Giuffrè, Milão, 1973

GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Da Propriedade Horizontal ou por andares*, Coleção Jurídica Portuguesa, Edições Ática, Lisboa, 1956

GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1946, XI

GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Restrições de Vizinhança (de interesse particular*, Quid Iuris – Sociedade Editora, Lisboa, 2003

GUERRA, ARMANDO, «Considerações acerca do título constitutivo da propriedade horizontal», in *Revista do Notariado, Registo Predial e Crítica Jurídica*, ano 39, pág. 71 a 73

GUERRA, ARMANDO, *Da Propriedade Horizontal e da propriedade superficiária*, Coimbra Editora, Coimbra, 1964

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992

JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio Sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1999

JUSTO, ANTÓNIO SANTOS, «Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)», in *BFDUC, Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, Coimbra, 1997

LAZZARO, FORUNATO e STINCARDINI, XALTER, *L'amministratore del condominio*, Dott. A. Giuffrè Editore, MILÃO, 1992

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direitos Reais* (3ª Edição), Almedina, Coimbra, 2012

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Garantias das Obrigações* (4ª Edição), Almedina, Coimbra, 2012

LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado, Vol. II* (reimpressão da 4.ª edição), Coimbra Editora, Coimbra, 2010

LIMA, PIRES e VARELA, ANTUNES, *Código Civil Anotado, Vol. III* (2ª edição, revista e atualizada – reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1987

LOUREIRO, JOSÉ PINTO, *Manual do Inquilinato, Volume II*, Coimbra Editora, Coimbra, 1941

LUCCIOLI, GABRIELLA, «Osservazioni sulla costituzione di parte civile dell' amministratore di un condominio» in *Cass. pen.*, an. 20, fasc. 5-6, 1980, pág. 835-836

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 2000

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, «Pressupostos da Resolução Por Incumprimento», in *Sep. Bol. Fac. Direito de Coimbra-Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979

MARTY, GABRIEL, e RAYNAUD, PIERRE, «Les Biens», in *Droit Civil II*, 2 vols., Sirey, Paris, 1965

MARCHI, EDUARDO, *A Propriedade Horizontal no Direito Romano*, Edusp, São Paulo, 1995

MENDES, ARMINDO RIBEIRO, «A Propriedade Horizontal no Código Civil de 1966», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 30, I-IV, 1970, pág. 5 a 78

MERZ, SANDRO, *Manuale pratico del condominio e della comunione. Commentato con la legislazione speciale e la normativa fiscale*, Cedam, Pádua, 2000

MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, «A Propriedade Horizontal no Código Civil», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXIII, Janeiro/Dezembro 1976

MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, «Propriedade horizontal: poderes da assembleia de condóminos e do administrador; o registo como pressuposto da eficácia

real das limitações ao uso de frações autónomas estabelecidas no título constitutivo», in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXVI, Janeiro/Dezembro 1982

MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *Obrigações Reais e Ónus Reais* (Reimpressão), Almedina, Coimbra, 1997

MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *Direitos Reais* (lições dactilografadas), n.º 33 - (policopiado), Coimbra, 1967

MILLER, RUI VIEIRA, *A Propriedade Horizontal no Código Civil*, Almedina, Coimbra, 1998

MIRANDA, PONTES DE, *Tratado de Direito Privado (parte especial)*, Tomo I, Borsoi, Rio de Janeiro, 1970

NEGRI, JOSÉ A., *Régimen Argentino de la Propiedad Horizontal*, Obras de José A. Negri, Buenos Aires, 1966

NETO, ABÍLIO, *Manual da Propriedade Horizontal* (3ª edição), Ediforum, Edições jurídicas, Lisboa, 2006

NETO, ABÍLIO, *Manual da Propriedade Horizontal* (4ª edição - reformulada), Ediforum, Edições jurídicas, Lisboa, 2015

PARDAL, FRANCISCO RODRIGUES e FONSECA, MANUEL BATISTA DIAS, *A Propriedade Horizontal no Código Civil e Legislação Complementar*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988

PASSINHAS, SANDRA, *A Assembleia de Condóminos e o Administrador na Propriedade Horizontal*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002

PASSINHAS, SANDRA, «Os animais e o regime português da propriedade horizontal», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66 – Vol. II, setembro de 2006

PATRÍCIO, JOSÉ SIMÕES, *Direito Bancário Privado*, Quid Iuris, Sociedade Editora, Lisboa, 2004

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, «A propriedade horizontal, Novo Regime de Condomínio», in *Revista Forense*, vol. 185, ano 56, Set.-Out. 1959, pág. 52 e ss.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA, *A Propriedade Horizontal* (1ª edição), Forense, Rio de Janeiro, 1961

PERETTI-GRIVA, DOMENICO RICCARDO, «In Tema di Amministratore e di Delibrazioni Condominiali», in *Giurisprudenza Italiana*, Roma, 1963

PICAZO, MARIA TERESA PERZ, *Didactica de la Historia*, 3ª edição, Hijos de Sntiago Rodriguez, Burgos, 1972

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Direitos Reais*, publicados por Moreira, Álvaro & Fraga, Carlos, Almedina, Coimbra, 1971

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil* (3ª edição atualizada, 9.ª reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 1994

PRATA, ANA MARIA CONCEIÇÃO RODRIGUES, *Dicionário Jurídico* (3.ª edição revista e atualizada), Almedina, Coimbra, 1995

RENZIS, ALESSANDRO DE. *L'amministratore del Condominio Negli Edifici* (2ª edição), Cedam, Pádoa, 1995

RIBEIRO, JOAQUIM DE SOUSA, «O Direito de propriedade na Jurisprudência do Tribunal Constitucional» in *Conferência Trilateral Espanha/Itália/Portugal*, 2009

RIZZI, LUIGI, e RIZZI, VINCENZO, *Il Condominio Negli Edifici*, Leonardo da Vinci Editrice, Bari, 1964

SAPENA, JOAQUIN, «Los Órganos de la Propiedad Horizontal: Forma y Eficacia de sus Resoluciones», in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LIV (Mar-Abril 1978), 525, 1978

SAVATIER, RENÉ, «La Propriété des Volumes dans L'espace et la Technique des Grands Ensembles Immobiliers», in *Il Foro Italiano*, Vol. 99, Parte Quinta: Monografie e Varietà (1976), 1976, pág. 167/168-175/176

SCIALOJA, VITTORINO, *Teoria della Proprietá nel Diritto Romano*, Anonima Romana Editorial, Roma, 1933

SEIA, JORGE ALBERTO ARAGÃO, *A Propriedade Horizontal* (2.^a edição), Almedina, Coimbra, 2002

SILVA, JOÃO CALVÃO DA, «Locação Financeira e Garantia Bancária», in *Estudos de direito comercial - Pareceres*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Manual dos Contratos em Geral* (4.^a edição-reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2010

TERZAGO, GINO, «L' Amministratore nel Condominio», in *RGE - Rivista giuridica dell'edilizia*, II, 1967

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das Obrigações em Geral, Vol. I* (9.^a edição), Almedina, Coimbra, 1996

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, «Do Projecto do Código Civil», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 122, Lisboa, 1989

VISCO, ANTÓNIO, *Le Case in Condomínio, Trattato teórico-pratico*» (6ª edição), Giuffrè, Milão, 1964

VOLTERRA, EDOARDO, *Istituzioni di Diritto Privato Romano, Ricerche*, Roma, 1961

XAVIER, VASCO DA GAMA LOBO, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas* (reimpresso), Almedina, Coimbra, 1998

ACTAS

«Projeto de decreto n.º 508»

ACTAS DA CÂMARA CORPORATIVA, VI Legislatura, n.º 44, de 2 de Abril de 1955

DICIONÁRIOS

DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA CONTEMPORÂNEA DA ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA, ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA E EDITORIAL VERBO, Vol I e II, 2001

DICIONÁRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA, 5ª EDIÇÃO, PORTO EDITORA

COLETÂNEAS

COLETÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA, Ano XIV – 1989 TOMO 3

GAZETA DA RELAÇÃO DE LISBOA, ano 44.º

WEB

<http://www.angelfire.com/me/babiloniabrasil/hamur.html>

<http://www.dgsi.pt>

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=50879&ida=50886

<http://www.tribunalconstitucional.pt>

<http://bo.io.gov.mo/bo/i/85/15/declei31.asp>

<http://bo.io.gov.mo/bo/i/96/37/lei25.asp>

<http://maltez.info/aaanetnovabiografia/Conceitos/Utendi%20et%20abutendi.htm>

http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/conteudo/files/textos/textos0202_trilateral2009.pdf

http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=45582&ida=45614

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional, em 19 de Janeiro de 1999, em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990044.html>

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 8 de Junho de 1973, BMJ n.º 228, pág. 204

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 30 de Novembro de 1973, BMJ n.º 231, pág.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 22 de Fevereiro de 1974, BMJ n.º 234 pág. 241

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 7 de Junho de 1979, BMJ n.º 288, pág. 403

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 20 de Novembro de 1980, n.º convencional JSTJ00007329

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 20 de Julho de 1982, n.º convencional JSTJ00009028

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 16 de Dezembro de 1988, n.º convencional JSTJ00009561

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 07 de Março de 1983, n.º convencional JSTJ00002564

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 1 de Junho de 1983, n.º convencional JSTJ00020324

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 10 de Novembro de 1989, n.º convencional JSTJ00024613

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 10 de Novembro de 1989, n.º convencional JSTJ00028210

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 14 de Fevereiro de 1991, n.º convencional JSTJ00007796

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 23 de Março de 1992, n.º convencional JSTJ00020257

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 03 de Junho de 1993, n.º convencional JSTJ00019421

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 16 de Dezembro de 1993, n.º convencional JSTJ00023900

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 16 de Outubro de 1994, n.º do documento SJ200310160025672

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 30 de Novembro de 1994, n.º convencional JSTJ00026085

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 22 de Novembro de 1995, em C.J. – STJ – 1995-3-123

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 18 de Fevereiro de 1997, n.º convencional JSTJ00031651

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 8 de Abril de 1997, n.º convencional JSTJ00031772

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 8 de Julho de 1997, n.º convencional JSTJ00033046

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 27 de Abril de 1999, n.º convencional JSTJ00036721.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 9 de Dezembro de 1999, n.º convencional JSTJ00039425

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 11 de Janeiro de 2000, n.º convencional JSTJ00039769

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 19 de Março de 2002, n.º do documento SJ200203190038616

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 6 de Junho de 2002, n.º convencional JSTJ00000337

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 3 de Outubro de 2002, n.º do documento SJ200210030018167

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 13 de Maio de 2003, n.º do documento, SJ200305130009921

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 18 de Setembro de 2003, n.º do documento SJ200309180023552

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 15 de junho de 2004, n.º do documento SJ200406150019666
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 12 de Maio de 2005, n.º do documento SJ200505120009772
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 29 de Novembro de 2006, n.º do processo 06A2913
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 19 de Junho de 2007, n.º do documento 07A1454
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 4 de Outubro de 2007, n.º do processo 07B1875
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 13 de Dezembro de 2007, n.º do processo 07A3023
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 15 de Maio de 2008, n.º do documento SJ2008051507797
Acórdão do Supremo Tribunal de justiça, em 10 de Junho de 2008, n.º do documento SJ20080710010571
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 6 de Novembro de 2008, n.º do processo 08B2784
Acórdão do Supremo Tribunal de justiça de 6 de Novembro de 2008, n.º do documento SJ20081106026232
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 4 de Dezembro de 2008, n.º do processo 08B1350
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 28 de Abril de 2009, n.º do documento SJ200904280000182
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 22 de Setembro de 2009, n.º do processo 2658/05.5TVLSB.S1
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 12 de Novembro de 2009, n.º do processo 5242/06.2TVLSB.S1
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 3 de Dezembro de 2009, n.º do processo 66/2001.S1
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 17 de Fevereiro de 2011, n.º do processo 881/09.2TVLSB.L1.S1
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 22 de Março de 2011, n.º do processo 321/2002.E1.S1
Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, em 29 de Novembro de 2011, n.º do processo 121/07.TBALM.L1.S1

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão da Relação do Porto, em 9 de Março de 1989, BMJ, 385.º, pág. 612
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06 de Janeiro de 1992, n.º convencional JTRP00002587
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Fevereiro de 1993, n.º convencional JTRP00007696
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14 de Outubro de 1993, n.º convencional JTRP00010809
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 21 de Outubro de 1996, n.º convencional JTRP00019416

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 22 de Outubro de 1996, n.º convencional JTRP00018310
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 12 de Janeiro de 1999, n.º convencional JTRP00024961
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 9 de Dezembro de 1999, n.º convencional JTRP00035006
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 17 Janeiro de 2000, n.º convencional JTRP00027271
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 06 de Janeiro de 2003, n.º convencional JTRP00034968
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 9 de Outubro de 2003, n.º convencional JTRP00040691
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 25 de Novembro de 2003, n.º convencional JTRP00036430
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 10 de Fevereiro de 2004, n.º convencional JTRP00036187
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto em 26 de Abril de 2004, n.º convencional JTRP00035006
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 12 de Outubro de 2004, n.º convencional JTRP00037241
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 17 de Março de 2005, n.º convencional JTRP00037842
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 15 de Maio de 2005, n.º convencional JTRP00037851
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 25 de Outubro de 2005, n.º convencional JTRP00038439
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 9 de Julho de 2007, n.º do documento RP200707090753550
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 02 de Dezembro de 2008, n.º convencional JTRP00042062
Acórdão do Tribunal da relação do Porto, em 9 de Outubro de 2007, n.º convencional JTRP00040691
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 4 de Maio de 2010, n.º convencional JTRP00043888
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 10 de Maio de 2010, n.º convencional JTRP00043864
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 24 de Janeiro de 2011, n.º do documento RP201101242281/06.7TBVLG.P1
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 11 de Julho de 2012, n.º do documento RP201207111668/11.8TJPRT.P1
Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, em 18 de Outubro de 2012, n.º do documento RP20121018844/08.5TBGDM.P1

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em 2 de Novembro de 1982, Coletânea de Jurisprudência, V, pág. 80

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em 9 de Maio de 1989, publicado em «Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 122», 1989, pág. 121 e seguintes

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em 5 de Novembro de 1996, in Coletânea de Jurisprudência, V, pág. 5

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em 29 de Maio de 2001, n.º convencional JTTC1619

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em 26 de Abril de 2006, n.º do processo 405/2006

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, em 6 de Novembro de 2012, n.º do processo: 2562/08.5TBLRA-C1

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão da Relação de Lisboa, em 8 de Novembro de 1983, n.º convencional JTTL00029319

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 27 de Março de 1984, n.º convencional JTTL00029225

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 10 de Maio de 1990, n.º convencional JTTL00020390

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 04 de Maio de 1993, n.º do documento RL199305040053561

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 6 de Outubro de 1993, n.º convencional JTTL00010888

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 28 de Abril de 1994, n.º convencional JTTL00016589

Acórdão da Relação de Lisboa, em 25 de Fevereiro de 1999, in Coletânea de Jurisprudência, I, págs. 129

Acórdão da Relação de Lisboa, em 22 de Junho de 1999, in Coletânea de Jurisprudência, III, pág. 121

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 9 de Outubro de 2001, n.º convencional JTTC1416

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 4 de Março de 2002, n.º do processo 10334/2003-6

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 02 de Maio de 2002, n.º do documento RL200205020026842

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 2 de Fevereiro de 2006, n.º do processo 364/2006-6

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 25 de Maio de 2006, n.º do processo 2764/2006-8

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 12 de Julho de 2007, n.º do processo 4124/2007-7

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 21 de Setembro de 2010, n.º do processo 881/09.2TVLSB.L1-7

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 19 de Outubro de 2010, n.º do processo 2552/07.5TVLSB.L2-1

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, em 23 de Março de 2012, n.º do processo 6862/10.6TBALM.L1-6

ÍNDICE

PRELIMINAR.....	33
I – INTRODUÇÃO – INTEGRAÇÃO HISTÓRICA E NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO.....	41
1. INTEGRAÇÃO HISTÓRICA – NASCIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE HORIZONTAL.....	43
1.1. Antiguidade.....	44
1.2. Em Roma.....	46
1.3. Na Idade Média.....	50
1.4. No pós Revolução Francesa.....	54
1.5. Do pós I Grande Guerra ao presente.....	57
2. NATUREZA JURÍDICA DA PROPRIEDADE HORIZONTAL.....	62
2.1. Como propriedade.....	64
2.2. Como Compropriedade.....	67
2.2.1. Doutrina tradicional, ou da existência de vários direitos sobre quotas ideais do mesmo objeto.....	67
2.2.2. Da existência de vários direitos de propriedade sobre a totalidade do objeto, limitados reciprocamente.....	70
2.2.3. Da existência de um só direito com vários titulares.....	72
2.3. Como direito real novo de carácter dualista.....	73
2.4. Conceção preferível.....	75
II – IDENTIFICAÇÃO, CARACTERIZAÇÃO E FORMAS DE CONSTITUIÇÃO DO INSTITUTO.....	79
1. O OBJETO DA PROPRIEDADE HORIZONTAL – AS PARTES COMUNS E AS FRAÇÕES AUTÓNOMAS.....	81
1.1. Preliminar	81
1.2. As partes comuns.....	82
1.2.1. Partes necessariamente comuns.....	83
1.2.1.1. Quanto aos elementos estruturais do prédio.....	83
1.2.1.1.1. Os elementos de implantação – o Solo.....	84

1.2.1.1.2. Os elementos de estrutura construtiva – Alicerces, colunas, pilares, paredes mestras e todas as partes restantes que constituem a estrutura do prédio.....	90
1.2.1.1.3. Os elementos de cobertura – O telhado e os terraços de cobertura, ainda que destinados ao uso de qualquer fração.....	95
1.2.1.2. Quanto aos elementos de utilização necessária comum.....	100
1.2.1.2.1. Os elementos de acesso de pessoas às frações.....	100
1.2.1.2.2. Os elementos de acesso de serviços às frações.....	103
1.2.2. Partes presumivelmente comuns.....	108
1.2.2.1. Os pátios e jardins anexos ao edifício.....	108
1.2.2.2. Os ascensores.....	110
1.2.2.3. As dependências destinadas ao uso e habitação do porteiro.....	115
1.2.2.4. As garagens e outros lugares de estacionamento.....	119
1.2.2.5. Em geral, as coisas que não estejam afetadas ao uso exclusivo de um dos condóminos.....	124
1.3. As frações autónomas.....	126
2. FORMAS DE CONSTITUIÇÃO E AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE HORIZONTAL.....	128
2.1. Negócio Jurídico.....	128
2.2. Usucapião.....	137
2.3. Decisão administrativa.....	140
2.4. Decisão judicial.....	146
III – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS CONDÓMINOS QUANTO À FRAÇÃO AUTÓNOMA.....	155
1. DIREITOS DOS CONDÓMINOS QUANTO À FRAÇÃO AUTÓNOMA.....	157
1.1. Direito de propriedade sobre a fração autónoma.....	157
1.2. Direito de, em caso de destruição do edifício ou de parte dele que represente três quartos ou mais do seu valor, exigir a venda do prédio e participar na partilha do produto da venda	159
1.3. Direito de juntar frações autónomas de que seja titular.....	165
1.4. Divisão frações autónomas de que seja titular.....	171

2. OBRIGAÇÕES DOS CONDÓMINOS QUANTO À FRAÇÃO AUTÓNOMA.....	178
2.1. Dever de sujeição às limitações impostas em geral aos proprietários e comproprietários de coisas imóveis pelos respetivos institutos.....	178
2.1.1. Emissão de fumo, produção de ruído e factos semelhantes.....	179
2.1.2. Instalações prejudiciais.....	182
2.1.3. Escavações.....	185
2.1.4. Passagem forçada momentânea.....	187
2.1.4.1. Ocupação temporária de prédio alheio para construção ou reparação em prédio próprio.....	187
2.1.4.2. Intrusão temporária para recuperação de coisa que acidentalmente aí se encontre.....	197
2.1.5. Ruína de construção.....	201
2.1.6. Escoamento natural de águas e obras defensivas de águas.....	206
2.1.7. Construção e edificação.....	208
2.1.8. Plantação de árvores e arbustos e apanha de frutos.....	213
2.2. Dever de se abster de prejudicar, quer com obras novas quer com falta de reparação, a segurança, a linha arquitetónica ou o arranjo estético do edifício.....	213
2.3. Dever de se abster de destinar a fração a usos ofensivos dos bons costumes.....	227
2.4. Dever de afetar a sua fração apenas ao fim a que esteja destinada.....	233
2.4.1. Em que consiste o fim a que a fração se destina e como deve ser interpretado?.....	236
2.4.2. Legitimidade para atuar no caso de alteração ilegal do fim.....	254
2.4.3. Tem ou não, o tempo, relevância como fator de estabilização de um fim diferente do determinado.....	261
2.5. Dever de se abster de praticar quaisquer atos ou atividades que tenham sido proibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por deliberação da assembleia de condóminos aprovada sem oposição.....	266
 IV – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS CONDÓMINOS QUANTO ÀS PARTES COMUNS.....	 275

1. DIREITOS DOS CONDÓMINOS QUANTO ÀS PARTES COMUNS.....	277
1.1. Preliminar.....	277
1.2. Direito de disciplinar o uso das partes comuns.....	278
1.2.1. Disciplinação na ausência de regulamentação.....	280
1.2.2. Dever de elaboração de um regulamento do condomínio.....	285
1.3. Direito de participar na administração do condomínio.....	291
1.3.1. Preliminar.....	291
1.3.2. A assembleia de condóminos.....	295
1.3.2.1. Convocatória.....	296
1.3.2.2. Quórum deliberativo.....	303
1.3.2.3. Publicidade das decisões da assembleia de condóminos.....	306
1.3.2.4. Invalidade de decisões da assembleia de condóminos.....	309
1.3.3. O administrador do condomínio.....	313
1.3.3.1. Escolha do administrador do condomínio.....	313
1.3.3.2. Funções do administrador do condomínio.....	317
1.3.3.2.1. Funções na relação com a assembleia de condóminos.....	318
1.3.3.2.2. Funções com carácter financeiro.....	320
1.3.3.2.3. As funções autónomas do administrador.....	326
1.3.3.3. Eficácia dos atos do administrador.....	337
1.3.3.4. Duração do mandato do administrador.....	339
1.4. Direito de promover reparações indispensáveis e urgentes das partes comuns.....	342
1.5. O caso específico das rampas de acesso e das plataformas elevatórias colocadas nos termos do artigo 1425.º, n.º 3.....	345
2. OBRIGAÇÕES DOS CONDÓMINOS QUANTO ÀS PARTES COMUNS.....	350
2.1. Dever de contribuir para as despesas necessárias à conservação e fruição das partes comuns e para os serviços de interesse comum.....	350
2.1.1. Questões gerais.....	350
2.1.2. O caso particular da locação financeira.....	355
2.1.3. O caso particular do arrendamento urbano.....	359
2.1.4. O abuso do direito resultante do crédito hipotecário.....	360

2.2.	Dever de comunicar o seu domicílio, ou do seu representante, quando não resida no prédio.....	362
2.3.	Dever de contribuir, em proporção do valor das frações, para as despesas com obras que não sejam de mera conservação.....	363
2.4.	Dever de efetuar seguro contra incêndio da fração autónoma e das partes comuns.....	365
2.5.	Dever de contribuir para o fundo de reserva do condomínio.....	366
2.6.	Dever de respeitar o título constitutivo.....	368
2.7.	Dever de não praticar quaisquer atos ou atividades que sejam proibidas no regulamento do condomínio.....	369
2.8.	Proibição de não alienar separadamente a propriedade da fração e a compropriedade das partes comuns (incindibilidade).....	372
2.9.	Ausência de preferência dos condóminos, comproprietários das partes comuns, na alienação de frações.....	373
2.10.	Proibição da renúncia à parte comum como meio de se desonerar das despesas necessárias à sua conservação ou fruição.....	385
2.11.	Obrigação de se manter na indivisão.....	386
V – CONCLUSÕES.....		391
VI – BIBLIOGRAFIA.....		405