

DA CONSTITUIÇÃO DE PROPRIEDADE HORIZONTAL
POR NEGÓCIO JURÍDICO (*)

I — INTRODUÇÃO

I. O instituto de propriedade horizontal, que conheceu na legislação portuguesa uma primeira e exaustiva regulamentação com o Decreto-Lei n.º 40 333, de 14 de Outubro de 1955, tem tido entre nós numerosos cultores. Não obstante, são raras as obras que se debruçam particularmente sobre o fenómeno da constituição da horizontalidade, matéria vasta e complexa que constitui o núcleo gerador do instituto e que, rodeando-se de singulares relevância prática e riqueza em questões teóricas, se torna sua pedra basilar.

A constituição de propriedade horizontal depende de factos jurídicos que a lei considera idóneos para esse fim. A previsão genérica constante do art.º 1417.º-1 do Código Civil consagra expressamente o negócio jurídico, a usucapião e a decisão judicial proferida em acção de divisão de coisa comum ou em processo de inventário.

Referindo-se o Código Civil a negócio jurídico, nada nos leva a crer que tenham sido excluídos o testamento, a partilha

(*) O presente trabalho, da autoria dos estudantes de Direito, João Luís Lopes dos Reis e José Manuel Ferreira de Almeida, resulta da reestruturação de um outro apresentado para avaliação de conhecimentos em Direitos Reais e discutido em 14-11-975 na Faculdade de Direito de Lisboa.

extrajudicial e a divisão amigável de coisa comum, tal como preceituavam os arts. 2.º e 4.º § 2.º do D-L 40 333. Além destes, o regime de propriedade horizontal pode estabelecer-se através de um negócio jurídico unilateral típico, embora inominado e por outros negócios que analisaremos em lugar próprio.

Quanto à usucapião, é esta uma inovação do actual Código Civil, pois não constava do D-L 40 333. Ao abrigo do art.º 1287.º (noção de usucapião) esta é facto constitutivo de propriedade sobre um andar, assim como de compropriedade sobre as partes comuns. Através da usucapião pode adquirir-se o direito de propriedade sobre uma fracção; no caso de o edifício não estar ainda sujeito ao regime de propriedade horizontal, é a declaração de usucapião relativamente àquela fracção que implica a constituição desse regime para com todo o edifício, pois este é um todo e a fracção é uma parte integrante daquele, devendo essa declaração respeitar a forma e os requisitos do título constitutivo, pelo que funcionará como tal. Diremos, assim, que a usucapião é um facto constitutivo de «eficácia indirecta».

Cabe agora referir as decisões judiciais proferidas em acções de inventário ou de divisão de coisa comum (respectivamente, arts. 1326.º e segs. e 1052.º e segs. do Código de Processo Civil), casos de sentenças constitutivas de um regime que afecta a situação jurídica de um edifício, sendo as próprias decisões judiciais levadas a registo. Tem legitimidade para requerer a constituição de propriedade horizontal por decisão judicial qualquer dos consortes, desde que se verifiquem os requisitos legais estatuídos no art.º 1415.º do Código Civil.

Não poderemos, porém, considerar que apenas estes factos jurídicos são capazes para constituir horizontalidade — a doutrina aponta mais dois, que a lei prevê ou admite embora exteriormente à previsão genérica do art.º 1417.º. São eles a construção de andar ou outra fracção autónoma sobre edifício alheio, no exercício de um direito de superfície, previsto no art.º 1526.º do Código Civil e a execução específica de contrato-promessa de compra e venda com eficácia real, hipótese que adiante explanaremos.

Quanto ao primeiro caso, eis sumariamente o que se passa : sobre um edifício, sujeito ou não ao regime de propriedade horizontal, é constituído um direito de superfície que cria em favor do superficiário o poder de construir um andar sobre esse mesmo edifício, passando o dito superficiário a ter um direito de propriedade sobre a obra e de compropriedade sobre as partes comuns. Surge-nos assim um regime de propriedade horizontal até então não existente, ou o regime de propriedade horizontal a que o edifício esteja já sujeito estende-se ao andar construído pelo superficiário.

Bastará uma simples reflexão sobre cada uma das hipóteses acima expostas para avaliar da veracidade da proposição que antes enunciámos, considerando o elevado interesse do fenómeno jurídico da constituição de propriedade horizontal. Cada um dos factos apresentados constituiria assunto suficiente para investigação e exposição detalhada.

Em função do interesse prático de que se reveste, destacámos, escolhendo para objecto no nosso estudo, o negócio jurídico constitutivo de propriedade horizontal. A tarefa que nos propusemos obrigou-nos a um trabalho de investigação, em tempo limitado, que terá sobejamente atingido o seu fim se servir ao jurista.

II. Ao abordar o tema de fundo do nosso trabalho, houve que tomar em conta três problemas básicos que nele concorrem e de cuja conjugação depende necessariamente a valoração do negócio jurídico constitutivo da propriedade horizontal.

Em primeiro lugar, implica a constituição da horizontalidade, em qualquer dos casos previstos no art.º 1417.º-1 do Código Civil, o cumprimento de formalidades, o que poderemos considerar como uma das variadas implicações do direito público no Direito das Coisas e que, sendo permanentes nos vários casos de constituição, são-nos logicamente também e por maioria de razão, nas várias hipóteses possíveis de constituição por negócio jurídico. Referimo-nos ao título constitutivo da propriedade horizontal, que neste caso é fruto de um negócio jurídico, aos

aspectos registraes e fiscaes da constituição e à sua dependência do cumprimento de normas administrativas.

Aparece-nos, por outro lado, uma outra questão de importância fundamental, já que da sua solução emerge uma definição de limites à celebração do negócio constitutivo. Esta questão prende-se ao momento da constituição da propriedade horizontal, isto é, à relação existente entre a celebração do negócio e a vida do prédio — o estado de construção (ou de não construção) em que ele está.

Há ainda a considerar o próprio negócio constitutivo, o qual não tem, necessariamente, o mesmo conteúdo em todos os casos. Impõe-se, em primeiro lugar, a distinção entre negócios unilaterais e plurilaterais, havendo ainda outras hipóteses classificáveis dentro destas.

Considerando o envolvimento de todas estas questões, foi necessário definir uma ordem de tratamento para que este estudo tivesse uma sequência lógica. Assim, optámos pela análise preliminar do título constitutivo, do registo da constituição e da inscrição matricial, questões que, assumindo um carácter de permanência em todos e cada um dos negócios constitutivos, integram o seu núcleo central e são, pois, prévias à consideração particular de qualquer modo de constituição. Veremos também então os aspectos administrativos concernentes à constituição de propriedade horizontal.

Analisaremos em seguida a questão do momento de constituição da propriedade horizontal, pois que a consideramos anterior à da celebração do negócio. Fundamentalmente, as partes terão que valorar previamente o estado do prédio e o próprio negócio estará a ele submetido, porque dele dependerão, não só as suas cláusulas, mas também, não raramente, o seu conteúdo.

Por fim, caberá a vez ao estudo dos vários negócios jurídicos possível e mais comumente constitutivos de propriedade horizontal, considerando separadamente os negócios unilaterais e os plurilaterais. Salvo excepções consideradas necessárias, serão aqui preteridas questões que se atêm à teoria geral do negócio jurídico.

III. Entendemos dever explicar a heterogeneidade do estilo literário do presente estudo, que se deve à distribuição de matérias, por razões de método, pelos dois autores.

II — CONSTITUIÇÃO DE PROPRIEDADE HORIZONTAL PÔR NEGÓCIO JURÍDICO

A) CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Ao criar-se um instituto como o da propriedade horizontal, teve-se em mente facultar um direito individual sobre uma fracção delimitada de um prédio e de compropriedade sobre as partes comuns. Pedra basilar do esquema jurídico é a fracção autónoma. No entanto, quer as fracções autónomas, quer o edifício no seu todo, são realidades materiais sobre que incide a regulamentação municipal.

Na realidade, qualquer edificação urbana, antes de constituir uma realidade jurídica, é uma realidade material sujeita no seu todo à regulamentação municipal, sendo esta que confere à edificação a dignidade de prédio urbano. É aos Serviços Técnicos Municipais que cabe a verificação dos requisitos de horizontalidade.

Assim, da parte jurídica da propriedade horizontal estatui o Código Civil, da parte material ou técnica de construção e respectiva aprovação tratam os preceitos administrativos que regulamentam as construções urbanas, competindo às Câmaras Municipais a sua aplicação e também, em parte, a sua legislação.

É apenas a estas entidades que cabe decidir da «vida material» de uma edificação, sendo delas que emanam as licenças de construção, habitação ou utilização e alteração.

Para os casos em que a propriedade horizontal nasce com o prédio, deveria este ser estruturado para aquele destino, assinalando-se esse facto no projecto. Depois de concluído o prédio, a única vistoria que se efectuaria teria como finalidade a verificação da habitabilidade e dos requisitos da propriedade horizontal.

Também as inscrições do prédio na matriz e na conservatória logo seriam naquele regime poupando-se, assim, duplicações. No entanto, e principalmente em Lisboa, elas existem. Assim, há uma primeira fase comum a todos os prédios na qual se efectua, depois de requerimento, a vistoria de conclusão de obras, se passa a licença de habitabilidade e se procede à inscrição na matriz e ao registo na conservatória. Numa segunda fase há uma nova vistoria para o especial efeito de propriedade horizontal e a passagem da respectiva certidão, seguindo-se no Notário a redacção do título constitutivo, *v. g.* por declarações simples do construtor.

Por último, na anterior inscrição matricial do prédio é efectuada a sua discriminação pelas fracções autónomas referidas no título constitutivo, o mesmo se fazendo no registo predial onde é também arquivado o citado documento camarário.

Cabe agora referir que o documento comprovativo da vistoria camarária tem apenas interesse para o registo predial. Na realidade, o Código do Registo Predial no seu artigo 110.º, n.º 3, estatui que «se a propriedade horizontal tiver sido constituída por negócio jurídico o título da constituição deve ser acompanhado de documento passado pela Câmara Municipal, comprovativo de que as fracções autónomas satisfazem aos requisitos legais».

É de interesse citar ainda o caso em que o regime de propriedade horizontal é posteriormente instituído, ou seja, num momento tardio da vida do prédio. Neste caso, ao formular-se o pedido de aprovação municipal, deverá indicar-se a estruturação do prédio quanto às fracções autónomas a criar, a fim de se verificar se elas satisfazem ao requisito legal estatuído no artigo 1415.º.

1. *Título constitutivo*

Três problemas fundamentais se levantam na consideração do título constitutivo da horizontalidade, ou seja, do negócio jurídico que constitui propriedade horizontal: — respeitam eles, como salientam Dias da Fonseca e Rodrigues Pardal («Da Pro-

priedade Horizontal no Código Civil e Legislação Complementar», pág. 87), aos seus momento, forma e conteúdo, elementos que a lei não regula expressamente.

Quanto ao momento, e dado que ele pode variar de caso para caso, relacionando-se mais directamente com a vida do prédio, preferimos considerá-lo posteriormente, pelo que remetemos para o número 4 desta alínea.

O problema da forma tem sido debatido amplamente pela doutrina. Assim, alguns autores entendem que, excepto no caso de testamento ou de partilha extrajudicial, o negócio jurídico de constituição de propriedade horizontal não carece ser reduzido a escritura pública, bastando a forma, menos solene, do instrumento notarial avulso. O argumento de mais peso utilizado em defesa desta tese tem por base o art.º 219.º do Código Civil, o qual consagra o princípio da liberdade de forma e limita às exigências da lei a solenidade do negócio. Ora o Código Civil não exige expressamente a forma de escritura pública para o título constitutivo.

Esta posição está hoje ultrapassada e abandonada na prática. A maioria dos autores entende que a lei exige escritura pública, baseando-se no art.º 89.º do Código do Notariado e no art.º 1419.º do Código Civil.

A alínea *a*) do art.º 89.º do Código do Notariado exige a celebração por escritura pública dos actos que importam «reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, enfiteuse, superfície ou de servidão sobre coisas imóveis». Ora ainda que consideremos a propriedade horizontal como um direito real novo, parece devermos aplicar à interpretação desta norma o critério que nos fornece o Código Civil, que considera aquela como uma forma de propriedade; e assim, a constituição de propriedade horizontal enquadra-se sem dificuldade na norma citada (além disso, e adoptando o mesmo critério de *jure constituto*, a constituição de horizontalidade importa modificação, por exemplo, do direito de propriedade).

Por outro lado, o art.º 1419.º do Código Civil sujeita a escritura pública o acordo modificativo do título constitutivo da

propriedade horizontal. E o art.º 221.º2. consagra o princípio da identidade de forma dos pactos modificativos de um negócio jurídico e do negócio a que se reportam «se as razões da exigência especial da lei lhes forem aplicáveis». E, embora sem prejuízo desta norma, o art.º 89.ºb) do Código do Notariado exige escritura pública na celebração dos actos que importam «revogação, rectificação ou alteração de negócios que, por força da lei ou por vontade das partes, tenham sido celebrados por escritura pública». Parece assim que, quando a lei requerer certa forma legal para um pacto modificativo, é porque idênticas razões determinaram a mesma lei a exigir igual forma para o negócio modificando.

O conteúdo do título constitutivo da propriedade horizontal, não obstante falta de preceito expresso na lei, é nesta delineado nos seus traços essenciais. Assim, o art.º 1418.º do Código Civil determina que «no título constitutivo serão especificadas as partes do edifício correspondentes às várias fracções, por forma que estas fiquem devidamente individualizadas, e será fixado o valor relativo de cada fracção, expresso em percentagem ou permilagem do valor total do prédio». Estas especificações são, por força da lei, obrigatórias. Outras, porém, são admitidas e deixadas ao cuidado da vontade negocial da(s) parte(s), já que, no art.º 1422.º2.d) se determina que é especialmente vedada aos condóminos a prática de «quaisquer actos ou actividades que tenham sido proibidos no título constitutivo ou, posteriormente, por acordo de todos os condóminos».

Dispõe o art.º 1419.º do Código Civil sobre a modificação do título constitutivo da propriedade horizontal. Através deste preceito, a lei permite a alteração das fracções autónomas, desde que estas continuem a poder ser enquadradas na exigência expressa no art.º 1415.º. O cumprimento deste requisito é garantido através do preceito do art.º 111.º do Código do Registo Predial, que exige no seu n.º 1, para registo da modificação que importe alteração da composição das respectivas fracções, além do título do acordo, um documento emanado pela Câmara Municipal, comprovativo de que a alteração não prejudica os requi-

sitos legais a que as fracções devem obedecer ou, tendo havido obras de adaptação, o projecto aprovado pela mesma Câmara (n.º 2.).

Como se disse já, a modificação do título constitutivo é necessariamente celebrada por escritura pública. Além disso, só pode ser feita havendo acordo de todos os condóminos.

Determina o art.º 1419.º, no seu n.º 2, que a inobservância, na modificação do título, do preceituado no art.º 1415.º, importa a nulidade do acordo (isto além de, ao abrigo do art.º 111.º do Código de Registo Predial, implicar a impossibilidade do registo de modificação).

2. *Registo predial*

Estabelece o art.º 2.º1.d) do Código do Registo Predial que estão sujeitas a registo «a constituição da propriedade horizontal e as alterações do seu título constitutivo». Em consequência da função do registo — «dar publicidade aos direitos inerentes às coisas imóveis» (art.º 1.º) — os factos a ele sujeitos «só produzem efeitos contra terceiros depois da data do respectivo registo» (art.º 7.º1.), embora possam ser invocados entre as próprias partes ou seus herdeiros, ainda que não registados (art.º 6.º1.).

Em consequência do disposto no art.º 14.º1. do C.R.P., aquele registo só será obrigatório quando os prédios sobre que incide a propriedade horizontal se situarem em concelhos onde esteja em vigor o cadastro geométrico da propriedade rústica. Porém, o art.º 76.º do Código do Notariado dispõe que «nenhum instrumento pelo qual se transmitam direitos ou contraiam encargos sobre fracções autónomas de prédios em regime de propriedade horizontal pode ser lavrado sem que se exhiba documento comprovativo da inscrição no registo predial de respectivo título constitutivo». Assim, apesar de, em princípio, se não exigir o registo do título constitutivo da propriedade horizontal em concelhos onde o cadastro geométrico não esteja em vigor, ele será obrigatório sempre que qualquer fracção do prédio venha a ser objecto de acto de disposição ou de oneração que exija intervenção notarial, à qual deverá proceder.

Porém, como nota Rui Miller («A Propriedade Horizontal no Código Civil», pág. 95), no caso de se transmitirem direitos ou contraírem encargos sobre as fracções autónomas, por via judicial, a constituição da propriedade horizontal não será obrigatoriamente registada (nos mesmos concelhos, como é evidente), por falta de preceito legal que o imponha.

Nos arts. 147.º e segs. do Código do Registo Predial regulam-se os termos em que se faz a descrição predial do edifício em propriedade horizontal. O art.º 147.º aponta a finalidade das descrições, que é a identificação física, económica e fiscal do prédio a que respeitam os factos inscritos. O art.º 149.º, que estabelece as menções gerais obrigatórias da descrição predial, indica, na alínea e) do seu n.º 1, como deve constar do extracto da descrição a especificação das diversas fracções autónomas de prédio sob regime de propriedade horizontal.

As inscrições no registo predial visam, segundo o art.º 174.º.1. do respectivo Código, a definição da situação jurídica dos prédios descritos, mediante extracto dos factos sujeitos a registo referentes a cada um deles. A descrição predial é, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, prévia à inscrição. No art.º 179.º.d.) estabelece-se a admissão ,apenas como provisória, da inscrição de factos jurídicos respeitantes a fracções autónomas em regime de propriedade horizontal, quando requerida antes do registo definitivo da constituição desta.

Depois de o art.º 181.º enunciar os requisitos gerais do extracto da inscrição, o art.º 182.º, que se refere aos requisitos especiais do mesmo extracto, dispõe, no seu n.º 1.q), que aquele deve conter, no caso da constituição da propriedade horizontal, «o extracto do título, com menção do valor atribuído a cada uma das fracções autónomas e da respectiva permilagem em relação ao valor total do prédio» e no caso de alteração do título, «a descrição da alteração».

Nos arts. 110.º e 111.º especificam-se quais os documentos necessários aos registos da constituição da propriedade horizontal e da modificação do respectivo título.

3. *Matriz predial*

A descrição na matriz de edifício sujeito ao regime de propriedade horizontal veio inicialmente regulada no art.º 9.º do Decreto-Lei n.º 40333.º. Mencionava o citado artigo que o prédio teria uma só descrição e que cada fracção autónoma seria descrita pormenorizadamente e individualizada por uma letra maiúscula igual à que lhe estivesse atribuída no registo predial. É, porém, imperfeito o imperativo da lei, por duas razões: *prima*, não era obrigatório o registo predial; *secunda*, a inscrição do prédio na matriz tinha e tem de preceder a sua descrição no registo predial.

A matéria deste preceito é hoje regulada pelo art.º 170.º do Código da Contribuição Predial. Assim, segundo este preceito, aos prédios corresponde, na matriz, uma inscrição e não uma descrição, como atrás referimos. A cada edifício em regime de propriedade horizontal corresponderá uma só inscrição na matriz — um só artigo — que conterà a «descrição genérica do edifício» devendo «mencionar-se o facto de ele se encontrar em regime de propriedade horizontal». Cada uma das fracções autónomas deverá ser pormenorizadamente descrita e individualizada pela letra maiúscula que lhe competir segundo a ordem alfabética.

Tal como referimos, e em geral, terá de proceder-se, em primeiro lugar à inscrição matricial do regime de propriedade horizontal, e só posteriormente ao registo predial pois, neste, a descrição deverá especificar as várias fracções autónomas de acordo com as indicações da matriz.

As mais das vezes, aquando da constituição da propriedade horizontal para edificios já concluídos, já a matriz contém a discriminação das partes que hão-de constituir as várias fracções autónomas. É assim porque o Código da Contribuição Predial estatui normas, nos seus artigos 142.º e 144.º, segundo as quais, na avaliação da propriedade urbana, a descrição discriminará as divisões ou fracções suscetíveis de arrendamento

autónomo as quais, naturalmente, estarão em condições de constituírem unidades independentes para efeitos de propriedade horizontal.

Mesmo nos casos da discriminação não corresponder a fracções autónomas, na falta daquela ou de omissão do prédio na matriz, não há factos impeditivos para a constituição de propriedade horizontal, pois, em relação ao registo predial e à matriz os notários terão apenas de cumprir o preceituado nos artigos 71.º e seguintes do Código do Notariado.

4. *O momento da constituição*

Ao pretender celebrar-se um negócio jurídico, neste caso constitutivo de um direito real, importa saber em que momento da vida do objecto desse direito é oportuno e viável fazê-lo. A determinação desse momento comporta, pois, a definição de limites à celebração do acto. Aqui reside fundamentalmente a relevância do problema do momento da constituição da propriedade horizontal.

Enquanto que é pacífico o entendimento de que é lícita a constituição da horizontalidade em edifícios construídos, é já passível de discussão o problema de saber se será igualmente legítima a constituição em edifícios apenas projectados ou em construção.

Em países estrangeiros em que a elaboração doutrinal do instituto é já avançada, predomina a opinião dos que defendem que a constituição só é admissível em prédio construído.

Entre nós, a doutrina está longe de ser unívoca.

Borges de Araújo («Propriedade Horizontal-Constituição por Negócio Jurídico», págs. 60 e segs.) entende que é legalmente possível a criação do regime de propriedade horizontal em edifício a construir, mas ficando tal regime condicionado à conclusão do prédio, sugerindo para tal a compra do terreno pelas pessoas que vão levar a efeito a construção, que assim o titularão em compropriedade, e seguidamente a divisão em fracções autónomas do edifício a construir, pelos comproprietários do terreno. Entende este autor que edifício a construir é coisa

futura, dado que não está em poder dos disponentes (art.º 211.º C. C.) podendo, como tal, ser objecto de relações jurídicas, designadamente de contrato de compra e venda (art.º 880.º) ou de divisão de coisa comum. Este último negócio está aqui subordinado a uma condição suspensiva, que é a conclusão do edifício, pelo que a propriedade exclusiva das fracções autónomas em regime de propriedade horizontal é condicional. E o art.º 1037.º.1 do Código Civil consigna a constituição do direito de propriedade sob condição.

O mesmo autor aborda ainda a questão do registo, que é, aliás, fundamental — é necessário que seja possível registar a constituição da propriedade horizontal em edifício a construir ou em construção para que a hipótese tenha viabilidade prática e relevância real.

É relevante salientar aqui que dado que o prédio não está ainda construído não está também logicamente inscrito na matriz. No entender de Borges Araújo «a falta de inscrição na matriz não é óbice à realização da escritura nem tão pouco (...) implica a necessidade de participação para a inscrição» (op. cit., pág. 47). Apoia-se, para o afirmar, no art.º 73.º n.º 1 do Código do Notariado que prevê que, tratando-se de prédios omissos, a declaração nos instrumentos notariais de ter sido apresentada na Repartição de Finanças participação para a inscrição só é de fazer quando essa inscrição for devida nos termos do Código da Contribuição Predial, ou seja, quando ao prédio for concedida licença de habitabilidade, quando este esteja, pois, concluído. Borges de Araújo classifica este caso de «omissão legal».

No entendimento deste autor a inscrição do regime da propriedade horizontal, tal como a de transmissão da propriedade exclusiva das fracções autónomas, neste caso de constituição, é definitiva — por não constarem tais hipóteses na lista de inscrições provisórias por natureza constante do art.º 179.º do Código do Registo Predial e por não haver lugar a dúvida do conservador. No caso de divisão de edifício a construir e como é condicional a propriedade das fracções autónomas, deverá constar da inscrição a condição suspensiva da concessão da licença

de habitabilidade; na altura própria, registrar-se-á por averbamento a data de concessão dessa licença.

Em abono da sua tese, Borges de Araújo cita o art.º 2.º.3. do Decreto-Lei 40 333, que consagrava hipótese idêntica, diferindo apenas o título, que no caso em apreciação é um negócio jurídico.

A posição de Borges de Araújo, além de paradigmática desta corrente da doutrina portuguesa, foi bastas vezes seguida na prática tendo, aliás, numerosos outros defensores — Dias da Fonseca e Rodrigues Pardal («Da Propriedade Horizontal no Código Civil e Legislação Complementar», pág. 125), Luís Pedro Moitinho de Almeida («Propriedade Horizontal», in *Sciencia Iuridica*, n.º 124-125, pág. 549), Mota Pinto («Direitos Reais», pág. 277), Pires de Lima e Antunes Varela («Código Civil Anotado», vol. III, pág. 356), Armindo Ribeiro Mendes («A Propriedade Horizontal no Código Civil de 1966», in *ROA*, ano 30, pág. 56), todos eles defendem, de um modo geral, a possibilidade de constituição da propriedade horizontal em edifício a construir ou em construção.

É diversa a posição de Rui Miller (op. cit., pág. 107), que entende que o contrato de compra e venda de coisa futura não é idóneo para constituir o direito de propriedade sob condição, pois apenas faz nascer entre as partes um vínculo de natureza obrigacional — nos termos do art.º 880.º.1., o vendedor somente fica «obrigado a exercer as diligências necessárias para que o comprador adquira os bens vendidos». Só se cumprir essa obrigação «a venda produzirá de facto, os seus efeitos, mas apenas *ex nunc*, de modo que não se poderá retroair a aquisição da propriedade à data da celebração do contrato (art.º 408.º.2.), como seria no caso de a aquisição desse direito ser condicional (arts. 1307.º.3. e 276.º)» (loc. cit.).

Entende este autor ser decisivo o art.º 1302.º, que dispõe que só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade, de onde tira a ilacção de que não pode constituir-se o direito de propriedade horizontal sobre edifício inexistente, atribuindo-lhe a razão de o art.º 110.º.4. do Código do Registo Predial aludir a «prédio construído». Assim, tam-

bém no caso da divisão, como propõe Borges de Araújo, em que a propriedade horizontal se constitui sobre o prédio projectado, se estará, segundo Rui Miller, a admitir a existência de um direito real desprovido de objecto, o que é legal e doutrinariamente inadmissível.

Não pretendemos tomar posição nesta polémica. Julgamos, contudo, dever apontar que a lei em vigor não é, como seria de desejar, satisfatoriamente explícita. Assim, em princípio e dada a coerência de construção que rege qualquer das posições adoptadas, só a valorização de cada uma delas na prática pode levar à definição de uma doutrina dominante — e esta é a de Borges de Araújo, inegavelmente a que mais beneficia os sujeitos da propriedade horizontal.

B) NEGÓCIOS JURÍDICOS CONSTITUTIVOS

O negócio jurídico com efeitos reais é uma causa genérica de constituição de direitos reais, já que opera sobre quase todos estes direitos, escapando-lhes apenas aqueles que derivam unicamente da lei, v. g. o direito de retenção.

Quanto à propriedade horizontal, dispõe o art.º 1417.º.1. que «pode ser constituída por negócio jurídico...». Particular é a relevância jurídica e prática deste modo de constituição — é o mais comum e conseqüentemente o mais trabalhado pela doutrina.

1. *Negócios unilaterais*

a) Declaração unilateral

A constituição da propriedade horizontal por declaração unilateral de vontade foi problema muito discutido na nossa doutrina. A questão reside em saber se o proprietário único de um edifício o pode submeter unilateralmente ao regime de propriedade horizontal por declaração de vontade, na qual residirá o negócio jurídico constitutivo.

António Magro Borges de Araújo (in «Propriedade Horizontal — Constituição por Negócio Jurídico»), tomando por base

da sua argumentação o princípio consagrado no art.º 1414.º do Código Civil, da existência de várias fracções autónomas que «podem pertencer a proprietários diversos», sustenta a inadmissibilidade deste modo de constituição de propriedade horizontal. Entende este autor que «a característica essencial da existência cumulativa de propriedade exclusiva e propriedade comum presuppõe necessariamente a existência de proprietários diversos, e este facto é a própria razão de ser da propriedade horizontal» (op. cit., pág. 11). Adianta ainda que, dispondo o art.º 1420.º.1. que cada condómino é proprietário exclusivo da fracção que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício, existe cumulativamente na propriedade horizontal a propriedade exclusiva e a compropriedade; ora como a compropriedade, nos termos do art.º 1430.º.1., só é possível coexistindo dois ou mais comproprietários, «propriedade horizontal com um único proprietário é contradição que impressiona e que ofende os princípios legais» (op. cit., pág. 12). Conclui Borges de Araújo que, nos casos em que a declaração unilateral conste de escritura pública, não pode produzir quaisquer efeitos constitutivos da propriedade horizontal, a qual continuará a não existir.

Américo de Campos Costa, no prefácio à obra de Borges de Araújo, embora não desejando «tomar partido na controvérsia», aduz um outro argumento à tese do autor da obra prefaciada — como admitir a declaração unilateral como negócio constitutivo de propriedade horizontal se no sistema do Código Civil domina o princípio do *numerus clausus*?

Este argumento é talvez, entre todos, o mais inconsistente e contra ele defende Rui Miller (op. cit., pág. 100) que o princípio inserto no art.º 457.º do Código Civil só impera no campo das fontes das obrigações, não abrangendo, portanto, o direito das coisas, ramo em que a propriedade horizontal tem assento.

Posição contrária à de Borges de Araújo é defendida pela maioria dos autores (vd., por todos, Rui Vieira Miller, «A Propriedade Horizontal no Código Civil») e actualmente dominante.

Entende-se, na posição que nos parece mais correcta, que a declaração unilateral da vontade de constituir propriedade horizontal vale efectivamente como negócio constitutivo deste

regime. Os seus efeitos, porém, só se produzirão plenamente quando o proprietário único alienar uma das fracções, pois só então estão criadas as condições para o pleno exercício da propriedade horizontal; enquanto existir um proprietário único, a situação existente confundir-se-á, nos seus efeitos práticos, com a que se verifica no caso de propriedade exclusiva de um imóvel indiviso. Aliás, idêntica situação se produz com a compra, por um único indivíduo, de todas as fracções autónomas de um prédio sobre o qual esteja constituída a horizontalidade.

Rui Miller (op. cit., pág. 101) apresenta, entre outros, um argumento baseado na letra da lei. O art.º 1316.º do Código Civil, que regula os modos de aquisição da propriedade, determina que esta se faz por contrato, sucessão por morte, etc., admitindo assim um único negócio unilateral para este efeito — o testamento —, mas tendo o cuidado de exigir, nos restantes casos negociais, só negócios plurilaterais, por isso figurando expressamente o termo contrato. Ora o art.º 1417.º não faz referência a contrato, antes a negócio jurídico, pelo que a declaração unilateral de vontade cabe perfeitamente na previsão legal. Acresce que ambos os preceitos figuram no mesmo anteprojecto do Código Civil, o elaborado pelo Prof. Pires de Lima.

Em suma, estamos em presença de um negócio constitutivo de propriedade horizontal. Neste caso, o título constitutivo será a própria escritura pública em que se celebrará o negócio jurídico unilateral.

Aliás, ao argumento de Borges de Araújo baseado no art.º 1414.º pode contrapor-se que este autor não considera a hipótese de declaração unilateral plural que, através de posterior divisão, constituirá propriedade horizontal com vários condóminos. Ora não nos parece lógico que, dos negócios unilaterais, apenas os plurais possam realmente constituir horizontalidade.

Segundo o mesmo autor (op. cit., pág. 13), é objectado à sua doutrina o art.º 76.º do Código do Notariado, que citámos já anteriormente. E contrapõe que, na verdade, só há para a lei fracções autónomas depois da constituição do regime da propriedade horizontal; porém, «quando se vende um andar dum edifício que pertence a um só proprietário, andar que é susceptível

de constituir uma unidade independente, não se está a vender uma fracção autónoma de edifício em regime de propriedade horizontal, regime que não existe ainda, mas a constituir a própria propriedade horizontal por meio do negócio jurídico compra e venda, como o permite o art.º 1417.º do Código Civil».

Para Rui Miller (op. cit., pág. 104), este argumento é inconsistente, já que se o proprietário de um edifício alienar uma fracção deste sem ter previamente constituído a propriedade horizontal, apenas estará a transferir uma sua quota parte ideal e o adquirente passará apenas a ser comproprietário. Assim, não se estará a vender uma fracção autónoma porque esta não existe ainda e, por outro lado, por contrato de compra e venda, nos termos do art.º 874.º, só se «transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço». Logo, este contrato não serve para constituir horizontalidade.

Parece-nos esta posição um pouco extremista; é, aliás, frequente a celebração de um contrato de compra e venda para constituir propriedade horizontal, o que é tido por lícito por muitos autores, v. g. Pires de Lima e Antunes Varela (Código Civil Anotado, vol. III, pág. 356) e Ribeiro Mendes («A Propriedade Horizontal no Código Civil de 1966», in ROA, Ano 30, pág. 54).

b) Testamento

O testamento, como negócio jurídico que é, pode também desencadear a constituição de propriedade horizontal.

Este entendimento, se bem que abonado por grande parte da doutrina (vd., por todos, Pires de Lima e Antunes Varela, loc. cit.), não é, porém, pacífico. Assim, Dias da Fonseca e Rodrigues Pardal (op. cit., pág. 127) entendem que «se o proprietário (...) deixa fracções autónomas é porque já anteriormente o prédio assim se mostrava constituído. Caso contrário, (...) o herdeiro fica em regime de compropriedade até que, por partilha amigável ou decisão judicial, possa transformar o prédio em regime de propriedade horizontal sob prévia licença camarária». Não nos parece correcto este entendimento — na verdade, o pro-

prietário não deixa fracções autónomas, deixa sim fracções, quotas ideais do prédio. Como o testamento só produz efeitos por morte do testador, será a aceitação da herança pelos herdeiros que dará origem ao título constitutivo da horizontalidade.

Borges de Araújo (op. cit., pág. 86) defende que o testamento é o título constitutivo da propriedade horizontal. Cremos, porém, ser mais correcta a posição acima exposta, ainda que qualquer delas seja amplamente defensável e não repugne mesmo aceitar esta última.

2. *Negócios plurilaterais*

Parte das considerações devidas na análise dos negócios plurilaterais foram já apresentadas, pelo que as damos, quando oportunas, por transcritas.

a) Contrato de compra e venda

É predominantemente entendido pela doutrina que a propriedade horizontal pode ser constituída através de contrato de compra e venda, ressaltando-se a posição, já atrás citada, de Rui Miller (op. cit., pág. 104), pelo que nos parece não haver nada de especial importância a referir aqui.

b) Contrato-promessa de compra e venda com eficácia real

É aqui necessário um esclarecimento prévio: — o contrato promessa de compra e venda, não sendo acto definitivo, não é negócio jurídico constitutivo de horizontalidade. Fomos, porém, levados a explorar este tema por uma hipótese levantada por Borges de Araújo (op. cit., pág. 88) e que se liga à realização coactiva da promessa, à execução específica, prevista no art.º 830.º do Código Civil.

Prevê o art.º 413.º que as partes podem atribuir eficácia real à promessa de compra e venda de bens imóveis, quando conste de escritura pública, pelo que está sujeita a registo, ao abrigo do art.º 2.º.l.g) do Código do Registo Predial. Consigna o art.º 830.º a possibilidade de, havendo incumprimento de uma

das partes, poder a outra «obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso», ou seja, obter execução específica do acordado. Põe-se a questão de saber se, dado que o art.º 1417.º consigna a hipótese de constituição de propriedade horizontal por decisão judicial proferida em acção de divisão de coisa comum ou em processo de inventário, será possível a sentença prevista no art.º 830.º constituir também aquele regime.

Entende Borges de Araújo que «a aplicabilidade do art.º 830.º do Código Civil não está prejudicada pelo seu art. 1417.º. A sentença proferida nos termos do art.º 830.º destina-se a produzir os efeitos da declaração negocial do faltoso, suprimindo apenas a vontade de uma das partes no sentido em que ela se manifesta».

Poderemos, contudo, ir mais longe que este autor, se considerarmos meramente exemplificativa a enunciação do art.º 1417.º.1. Vimos atrás que a construção de andar ou outra fracção autónoma sobre edifício alheio, no exercício de um direito de superfície pode, ao abrigo do art.º 1526.º do Código Civil, constituir horizontalidade. Logo, se a lei aceita um modo de constituição não previsto no art.º 1417, não pode este definir um *numerus clausus* de modos de constituição, pelo que temos de considerar a enunciação do n.º 1 como exemplificativa. Assim, a constituição de propriedade horizontal por execução específica de contrato-promessa de compra e venda com eficácia real é um modo novo de constituição deste regime.

É fundamental que o contrato-promessa defina, além da compra e venda a que os contraentes se obrigam, também correctamente a propriedade horizontal que se pretende constituir, fornecendo os elementos legalmente exigidos para o título constitutivo. Esta exigência resulta do art.º 410.º, que diz serem aplicáveis ao contrato-promessa as disposições legais relativas ao contrato prometido.

c) Divisão amigável de coisa comum

Não nos parecem necessárias grandes considerações sobre esta figura, porquanto se lhe aplicam aquelas que seriam tecidas

sobre o contrato de compra e venda; ora já ao tratar este negócio se deu por suficientes as referências que lhe tinham sido anteriormente feitas.

Na verdade, a divisão de coisa comum pode importar alienação ou transmissão onerosa, na medida em que qualquer dos interessados fique com bens de valor inferior à sua quota-parte, ou quinhão-ideal, na compropriedade e outros recebam em excesso o correspondente valor. Aliás, como referem Pires de Lima e Antunes Varela (op. cit., pág. 347), a divisão, como acto de natureza declarativa, «inscreve-se naquela categoria de actos que muitos tratadistas consideram estranhos à distinção entre a gratuitidade e a onerosidade, muito embora, nos aspectos em que seja realmente necessária uma opção, se não possa contestar a sua maior proximidade dos actos a título oneroso», pelo que será potencialmente um acto de alienação onerosa. Por isso o Código Civil, no art.º 1413.º 2., remete expressamente para as regras aplicáveis à alienação onerosa de coisa.

d) Partilha extrajudicial

Muito pouco há aqui a dizer.

Há, neste caso, uma divisão horizontal do prédio, descrevendo e identificando as fracções independentes que o compõem, cumprindo o disposto no art.º 1418.º do Código Civil. Porém, a divisão em presença é puramente material e não pode ser tomada em sentido jurídico, já que não há compropriedade. A divisão é apenas uma discriminação de fracções que passam a ter autonomia com a partilha, pelo que é este o único negócio jurídico constante da escritura.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Luís Pedro Moitinho de — «Propriedade Horizontal», in *Sciencia Iuridica*, n.º 124-125, Braga, 1973.
- ARAÚJO, António Magro Borges de — «Propriedade Horizontal — Constituição por Negócio Jurídico», Braga, 1968.
- FONSECA, Manuel Baptista Dias da & PARDAL, Francisco Rodrigues — «Da Propriedade Horizontal do Código Civil e Legislação complementar», Coimbra, 1973.
- GONÇALVES, Luís da Cunha — «Tratado de Direito Civil», vol. XI, Coimbra, 1936.
- «Da Propriedade Horizontal ou por Andares», Lisboa, s. d. (1956).
- GUERRA, Armando — «Da Propriedade Horizontal» (D-L 40333), Coimbra, 1956.
- «Da Propriedade Horizontal e da Propriedade Superficial», Coimbra, 1964.
- LIMA, Fernando Andrade Pires de & VARELA, João de Matos Antunes — «Código Civil Anotado», Coimbra, 1967/1975.
- MENDES, Armindo Ribeiro — «A Propriedade Horizontal no Código Civil de 1966», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 30, Lisboa, 1970.
- MILLER, Rui Vieira — «A Propriedade Horizontal no Código Civil», Coimbra, s. d. (1973).