

Processo n.º 22/2004

(Recurso Civil e Laboral)

Data: 20/Maio/2004

ASSUNTOS:

- Lugar de estacionamento
- Posse judicial avulsa
- Direito de uso sobre o lugar de estacionamento
- Posse e detenção

SUMÁRIO:

1. Mesmo que os titulares das fracções autónomas de um prédio sejam investidos num direito de uso de parque estacionamento, este direito é atribuído em abstracto, sem qualquer individualização do espaço em concreto.
2. A demarcação dos lugares de estacionamento corresponde a uma prática constante, numa zona supostamente integrante de uma parte

comum de um prédio constituído em propriedade horizontal, sendo que, no momento da aquisição das fracções, ao comprador se, assim tiver sido contratado, se confere o uso do estacionamento que desde logo se individualiza.

3. Os espaços de garagem que constam do título constitutivo da propriedade horizontal como partes comuns, portanto, que não sejam fracções autónomas, embora afectados ao uso exclusivo de cada um dos condóminos, estão sujeitos aos regime das partes comuns.
4. Na falta de acordo sobre o uso da coisa comum, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se dela desde que a não empregue para fim diverso daquele a que se destina e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito.
5. É num contexto de disciplina e de organização que se deve entender a faculdade de usar um determinado lugar, no âmbito do exercício de poderes conferidos pela compropriedade e com autorização dos outros compartes, pelo que, apesar de um certo parque integrar parte comum do prédio, nos termos do título constitutivo da propriedade horizontal, o seu uso exclusivo é do condómino titular do direito de propriedade da fracção autónoma respectiva.
6. Se se estabelecer que a garagem, embora em zona comum, tem

demarcados lugares de utilização privativa, o direito a essa utilização faz parte integrante da propriedade privada de cada condómino, sendo inseparável da respectiva fracção autónoma, não deixando tal direito de constituir uma simples relação possessória, complemento de propriedade da respectiva fracção.

7. A posse ou entrega judicial destina-se a permitir ao adquirente de um direito real que outorgue a posse, reclamar do detentor, de uma forma simples e rápida, a investidura na posse material e efectiva da coisa adquirida.
8. Se a comproprietária das partes comuns do imóvel, pode reivindicar de terceiro, sozinha, a coisa comum ou qualquer sua parte não se vê razão para não poder requerer a entrega da coisa do mero detentor.
9. O contrato-promessa simples não tem a virtualidade de transferir um direito real.
10. Quem promete comprar - nem sequer se sabendo do *a domino* - não tem posse em nome próprio, pois o contrato promessa de compra e venda do alegado direito de uso sobre um parque de estacionamento, integrante de uma parte comum, embora acompanhado da respectiva *traditio* e pagamento do preço, só lhe pode ter conferido a detenção, não se configurando qualquer transmissão de posse, ainda que em

nome de outrem, até porque nem alegado vem o título do transmitente.

O Relator,
João A. G. Gil de Oliveira

Processo n.º 22/2004

(Recurso Civil e Laboral)

Recorrente: (A)

Recorridos: (B)

(C)

**ACORDAM OS JUÍZES NO TRIBUNAL DE SEGUNDA
INSTÂNCIA DA R.A.E.M.:**

I – RELATÓRIO

(A), casada com (D), melhor identificada nos autos, veio interpor recurso da sentença que julgou improcedente a acção de posse judicial avulsa e absolveu os réus (B) e a sua mulher (C), melhor identificados nos autos, do pedido de entrega efectiva do judicial do parque de estacionamento n.º 2xx do prédio denominado, Edf. XX, n.º 68 a 70B da Avenida do Ouvidor Arriaga e n.º 32 a 46 da Rua do Padre António Roliz, descrito na C.R.P. sob o n.º 21468, a fls. 159 do Livro B-49.

Para tanto motivou o seu recurso, formulando, no essencial, as

suas alegações, da seguinte forma:

A A., por escritura de 12 de Janeiro de 1999, lavrada a fls. 39 do Livro de Notas para Escrituras Diversas n.º 160J do Cartório Notarial das Ilhas, comprou a fracção autónoma designada por "Jxx", do xxº andar "J", para habitação, com direito ao uso do parque de estacionamento n.º 2xx, do prédio, em regime de propriedade horizontal, denominado Ed. XX, n.ºs 68 a 70B da Avenida do Ouvidor Arriaga e n.ºs 32 a 46 da Rua do Padre António Roliz, descrito nessa Conservatória do Registo Predial de Macau sob o n.º 21438, a fls. 159 do Livro B-49, com o regime de propriedade horizontal inscrito sob o n.º 22383 do Livro F-23, pelo preço de MOP\$600,000.00 (seiscentas mil patacas) a (M) e sua mulher (N), casados sob o regime de comunhão de adquiridos, residentes em Macau, na Avenida do Ouvidor Arriaga n.º xx, r/c, aquisição definitivamente registada sob a inscrição n.º 4564G.

Nos termos do artigo 1420º do C. C. anterior (artigo 1323º do C. C. actual), "cada condómino é proprietário exclusivo da fracção que lhe pertence e comproprietário das partes comuns do edifício, sendo o conjunto dos dois direitos incindível, nenhum deles pode ser alienado separadamente, nem é lícito renunciar à parte comum como meio de o condómino se desonerar das despesas necessárias à sua conservação e fruição.

Tem pois a A. título translativo devidamente registado, do direito de propriedade em exclusivo sobre a fracção autónoma e do direito de compropriedade sobre as partes comuns do prédio.

O parque de estacionamento n.º 2xx, integra parte comum do

prédio destinada a estacionamento e o seu uso pertence em exclusivo ao titular do direito de propriedade da fracção autónoma "Jxx", nos termos do título constitutivo da propriedade horizontal, devidamente registado desde 3 de Novembro de 1987 na Conservatória do Registo Predial de Macau, título constitutivo que, equivale para todos os efeitos, ao acordo sobre o uso da coisa comum a que se referia o artigo 1406º do C.C. antigo (actualmente, regulamento, referenciado no artigo 1302º do C. Civil actual).

Se o comproprietário das partes comuns do imóvel, pode reivindicar de terceiro, sozinho, a coisa comum ou qualquer sua parte, nos termos do artigo 1405º, n.º 2, do C. Civil antigo, e artigo 1301º, n.º 1, do C. C. actual, seguramente pode, porque quem pode o mais pode o menos, requerer em tribunal de detentor a posse ou entrega da parte da coisa comum que adquiriu com base em título translativo e cujo uso em exclusivo lhe está atribuído.

Termos em que,

Conclui dever a sentença recorrida ser revogada e substituída por outra que considere totalmente procedente o pedido formulado na acção.

(B) e sua mulher, **(C)**, RR., ora recorridos, contra alegaram, dizendo, em síntese:

A recorrente não é titular do direito de propriedade do parque de estacionamento n.º 2xx mas apenas da fracção autónoma, para habitação, designada por "Jxx" do xxº andar do prédio em causa.

O direito de propriedade sobre a fracção autónoma "Jxx" não significa necessariamente ser também titular do direito de uso do parque de estacionamento em questão.

O direito de propriedade sobre a fracção autónoma e o direito de uso do parque de estacionamento são duas realidades completamente distintas.

Não consta do título constitutivo da propriedade horizontal do prédio em causa, nem do respectivo registo predial, a individualização dos parques de estacionamento.

O que significa que, em caso algum, existe qualquer indicação na designação da fracção autónoma em que os parques de estacionamento se encontram individualmente integrados ou a cujo uso exclusivo se achem afectos.

A recorrente não tem a seu favor um título translativo de propriedade (do parque de estacionamento), não lhe pode ser conferida a posse ou entrega judicial (do parque de estacionamento em causa).

Não estando preenchidos os pressupostos legais previstos no artigo 1044º do CPC de 1961, a presente acção de posse ou entrega judicial deve ser considerada improcedente, conforme correctamente decidido na sentença ora recorrida.

Assim sendo, conclui, no sentido de dever improceder o presente recurso, mantendo-se a douta decisão do tribunal *a quo*.

II – FACTOS

Vêm provados os seguintes factos:

A autora comprou em 12 de Janeiro de 1999 a fracção autónoma designada por “Jxx” do xº andar “J”, para habitação, com direito ao uso do parque de estacionamento n.º 2xx, do prédio, em regime de propriedade horizontal, denominado Ed. XX, nºs 68 a 70B da Avenida do Ouvidor Arriaga e nºs 32 a 46 da Rua do Padre António Roliz, descrito na Conservatória do Registo Predial de Macau sob o n.º 21438, a fls. 159 do Livro B-49, com o regime de propriedade horizontal, inscrito sob o n.º 22383, do Livro F-23, pelo preço de MOP\$600.000,00 (seiscentas mil patacas) a (M) e a sua mulher (N), casados sob o regime de comunhão de adquiridos, residentes em Macau, na Avenida Ouvidor Arriaga n.º xx, r/c.

Tal acto de compra e venda foi celebrado por escritura pública de 12 de Janeiro de 1999, lavrada de fls. 39 a 44 do Livro de Notas para Escrituras Diversas no160J do Cartório Notarial das Ilhas.

O registo de aquisição a seu favor, determinado por tal acto de compra e venda, requerido pela apresentação n.º 125 de 20/01/1999, já se encontra definitivamente feito, sob inscrição n.º 4564G.

O prédio encontra-se inscrito na Matriz Predial do Concelho de Macau sob o artigo 70162, sendo o valor matricial relativo à fracção de MOP\$695.000,00 (seiscentas e noventa e cinco mil patacas).

Relativamente ao direito de propriedade da fracção, foi feita pelos vendedores a entrega efectiva dela e a autora tem, de há muito, a possibilidade de dela dispor como melhor lhe aprouver ou seja, está na sua posse efectiva.

Mas relativamente ao direito de uso do parque de estacionamento n.º 2xx, que se encontra demarcado com uma linha

pintada no chão da parte comum destinada a estacionamento e afixação por pintura do respectivo número, não logrou ainda a sua apreensão efectiva.

O mesmo encontra-se a ser utilizado pelos réus que se recusam a entregá-lo ou pô-lo à disposição da autora.

Em 11 de Abril de 1995, os réus celebraram com (E) e (F), um "contrato de promessa de compra e venda do direito de uso do referido parque de estacionamento".

Pagaram, na altura, ao seu anterior detentor a quantia de MOP\$140.000,00(cento e quarenta mil patacas).

Os réus mantiveram-se na posse do parque de estacionamento n.º 2xx desde a data em que efectuaram o contrato promessa.

III – FUNDAMENTOS

O objecto do presente recurso passa, no essencial, pela análise das seguintes questões:

Previamente,

- Importa apurar da natureza do alegado direito sobre o lugar de estacionamento e do título translativo de propriedade sobre o mesmo;

Devendo responder-se, seguidamente, às seguintes questões:

- A posse judicial avulsa é o meio processual adequado para investir a A. na posse do referido parque de estacionamento?

- O contrato promessa celebrado pelos RR. é bastante para impedir a A. de ser investida na posse daquele parque de estacionamento?

*

1. Importa caracterizar o direito incidente sobre o referido lugar de estacionamento, fonte e objecto do presente litígio.

As partes parecem estar de acordo que não se trata de um *direito real de uso*, enquanto faculdade de alguém se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos, na medida das necessidades, quer do titular quer da sua família (artigo 1411º do C. Civil).

Desde logo, porque ambas reclamam a legitimidade de exercício do uso do estacionamento, com fundamentos e títulos diversos, sendo certo que qualquer delas não se arroga a propriedade sobre o mesmo.

A recorrente diz não ser titular de qualquer direito real de uso sobre o parque, sendo, no entanto, titular de um direito de compropriedade de que são co-titulares os restantes condóminos do prédio. O direito de uso do parque de estacionamento n.º 2xx, sito na parte comum, é reconhecido ao titular do direito de propriedade sobre a fracção autónoma "Jxx", do prédio denominado "Ed. XX", mostra-se integrado no direito de propriedade e, conseqüentemente, no direito de compropriedade, que não é mais do que um direito de propriedade sobre uma coisa, na titularidade simultânea de diversas pessoas, ali se radicando o uso que sobre o parque em causa pretende exercer.

Por seu turno, os recorridos sustentam que relativamente ao direito de uso do parque de estacionamento n.º 2xx, ora em discussão, a

recorrente nunca foi investida de qualquer título translativo de propriedade.

O direito de uso reclamado só podia ter por fundamento um direito real de gozo sobre a coisa, o que se verifica não existir. Se bem que a recorrente tenha o direito de propriedade sobre a fracção autónoma designada "Jxx" do xº andar do prédio em causa, nada significa que a mesma seja necessariamente também titular do direito de uso do parque de estacionamento em questão.

Uma coisa é o direito de propriedade sobre a fracção autónoma acima referida, outra é o direito de uso do parque de estacionamento ora em litígio.

A recorrente, no momento de adquirir a fracção autónoma "Jxx" do prédio, bem sabia que o direito de uso do parque não existia para ela nem lhe pertencia, sendo certo que não consta do título constitutivo da propriedade horizontal do prédio, nem do respectivo registo predial, a individualização dos parques de estacionamento.

Mesmo que os titulares das fracções autónomas do prédio em causa fossem investidos num direito de uso de parque estacionamento, este direito é atribuído em abstracto, sem qualquer individualização do espaço em concreto. O que existe, de facto, é apenas o direito de uso de um espaço (não individualizado), ao qual foi apenas atribuído o n.º 2xx pelo construtor e então o comproprietário com a maior percentagem da área no prédio.

Qual é então a natureza desse lugar de estacionamento

delimitado com umas linhas no chão e a que foi atribuído um dado número?

Constata-se que tal demarcação dos lugares de estacionamento corresponde a uma prática constante, a cada passo observável, numa zona supostamente integrante de uma parte comum de um prédio constituído em propriedade horizontal, sendo que, no momento da aquisição das fracções, ao comprador se, assim tiver sido contratado, se confere o uso do estacionamento que desde logo se individualiza. A questão passa por caracterizar exactamente a natureza e o valor dessa atribuição do uso de uma parte individualizada, embora integrante numa parte comum do prédio.

Aquele espaço fica numa parte comum do prédio, de que a recorrente é titular em compropriedade - artigo 9º, n.º 1, da Lei n.º 25/96/M de 9 de Setembro, à data em vigor (e, anteriormente, conforme consagrado no artigo 1420º do C.C., revogado pelo artigo 47º, n.º 1, al. a) do citado diploma), de que são co-titulares os restantes condóminos do prédio e cujo exercício está sujeito às limitações impostas aos proprietários e aos comproprietários de coisas imóveis - artigo 11º, n.º 1, da Lei n.º 25/96/M de 9 de Setembro, à data em vigor (e, anteriormente conforme consagrado no artigo 1422º, n.º 1, al. c) do C.C., revogado pelo artigo 47º, n.º 1, al. a) do citado diploma).

Os espaços de garagem que constam do título constitutivo da propriedade horizontal como partes comuns, portanto, que não sejam fracções autónomas, embora afectados ao uso exclusivo de cada um dos

condóminos, estão sujeitos aos regime das partes comuns.¹ Como, de uma forma mais esclarecedora já se explicitou,² na propriedade horizontal cada condómino é titular de um direito real composto, resultante da fusão do direito de propriedade singular sobre a fracção que lhe pertence com o direito de compropriedade, paralelo, sobre as partes comuns.

Os recorridos procuram pôr em causa a legitimação da recorrente para se arrogar qualquer uso sobre aquele espaço, porquanto, não só não possuem sobre ele qualquer direito real, como ainda porque o direito ao uso de um estacionamento que lhe foi conferido só podia ter sido em termos abstractos e não em termos concretos e individualizados.

Não têm razão os recorridos.

Refira-se, desde logo, que o direito que a recorrente se arroga é articulado, em termos de uso, sobre o parque de estacionamento n.º 2xx, sito na parte comum, reconhecido ao titular do direito de propriedade sobre a fracção autónoma "Jxx", do prédio denominado "Ed. XX", como dimanante do direito de compropriedade que assiste aos condóminos sobre as partes comuns.

Na falta de acordo sobre o uso da coisa comum, a qualquer dos comproprietários é lícito servir-se dela desde que a não empregue para fim diverso daquele a que se destina e não prive os outros consortes do uso a que igualmente têm direito (artigo 1406º do C.C. antigo).

Nada obsta a que haja acordo sobre o uso da coisa comum,

¹ - Ac. Do STJ, de 4/10/95/, CJ, 1995, Acs. STJ, 3º, 51

² - Ac. do STJ, de 23/9/2003, in <http://www.dgsi.pt>

devendo os comproprietários respeitar esse acordo. Deve ser à luz dessa possibilidade que se compreende a pretensão da recorrente em usar aquele espaço, já que foi esse que lhe foi destinado na distribuição dos lugares do estacionamento, indiferenciada e abstractamente conferidos aos condóminos. Para que não haja confusão e atropelos, à partida, destina-se um lugar delimitado no solo a cada um deles, passando a utilização desse espaço a radicar nessa afectação que contém, no fundo, um acordo sobre a utilização de um espaço comum destinado a estacionamento.

Esta natureza comum não só resulta da presunção do artigo 10º, nº 2, d) do RJPH, Lei 25/96/M de 9 de Set., como do próprio título constitutivo, onde se estabelece que o parque de estacionamento é parte comum do prédio, como tal assim registado (cfr. fls 167 e 21 referentes ao título constitutivo da propriedade horizontal, registado na Conservatória do Registo Predial, desde 13 de Novembro de 1987). Neste título constitutivo da propriedade horizontal o direito de uso do mencionado parque de estacionamento, não, obviamente, enquanto direito real *qua tale*, é atribuído ao titular do direito de propriedade da fracção autónoma “Jxx” (cfr. fls 9, 175 e 223).

É, pois, neste contexto de disciplina e de organização que se deve entender a faculdade de usar aquele lugar, no âmbito do exercício de poderes conferidos pela compropriedade e com autorização dos outros compartes, pelo que, apesar de o referido parque integrar parte comum do prédio, nos termos do título constitutivo da propriedade horizontal, o seu uso exclusivo é do condómino titular do direito de propriedade da fracção autónoma designada por “Jxx”.

Na propriedade horizontal, o regime legal das fracções autónomas é susceptível de ser complementado ou modificado por um estatuto de base negocial, definido na escritura de constituição de propriedade horizontal e, até, pelo regulamento do condomínio. Se se estabelecer que a garagem, embora em zona comum, tem demarcados lugares de utilização privativa, o direito a essa utilização faz parte integrante da propriedade privada de cada condómino, sendo inseparável da respectiva fracção autónoma, não deixando tal direito de constituir uma “simples relação possessória, complemento de propriedade da respectiva fracção”.³

Este enquadramento foi até sufragado com a possibilidade conferida pelo artigo 46º da Lei 25/96/M, de 9 de Set. e cujo regime se mantém, em face do que dispõe o art. 5º do Dec- Lei 39/99/M de 3 de Agosto que aprovou o Código Civil, ali se estatuinto:

“1. Os comproprietários de fracções destinadas a estacionamento, adquiridas em quotas-partes indivisas, podem requerer a constituição de fracções autónomas correspondentes aos lugares de estacionamento que nelas se contenham, desde que respeitem o disposto no regime da propriedade horizontal e demais normas aplicáveis.

2. Para a modificação do título constitutivo da propriedade horizontal nos casos do número anterior não é necessária a autorização dos demais condóminos, aplicando-se com as necessárias adaptações o disposto no artigo 1322.º do novo Código Civil.

3. Os lugares de estacionamento afectados a fracções autónomas poderão ser

³ - Ac. RP, de 28/1/90, CJ, 1990, 1, 229

autonomizados na memória descritiva pelos respectivos proprietários, mediante acordo dos condóminos com direito a lugar de estacionamento, desde que preencham os requisitos constantes do regime da propriedade horizontal estabelecido no novo Código.

4. Do acordo de autonomização das fracções a que se referem os números anteriores constará a atribuição a cada um dos condóminos da fracção autónoma que lhe couber, servindo esse acordo como título para o respectivo averbamento de alteração às inscrições no registo predial.”

Está assim caracterizada a natureza do direito de uso que se pretende fazer valer em relação aos parques de estacionamento em sede de propriedade horizontal e que, em resumo, assenta nas seguintes vertentes:

Provém de um direito de compropriedade sobre uma parte comum do prédio constituído em propriedade horizontal;

Resulta de um título constitutivo onde se prevê a utilização desse espaço pelos condóminos e que para fins de uso privativo se entendeu demarcar em termos concretos;

Tal afectação foi expressamente prevista na escritura de aquisição da respectivo fracção autónoma;

Há-de corresponder, pelo menos, a um acordo tácito do conjunto dos condóminos, sob pena da confusão que se geraria se assim não fosse estabelecido;

Esse espaço pode até, actualmente, ser convertido em fracção em fracção autónoma nos termos da legislação acima referida.

2. Cabe agora responder à primeira questão acima formulada e que consiste em saber se a posse judicial avulsa é o meio processual adequado para investir a A. na posse do referido parque de estacionamento.

Os recorridos entendem que não subsiste qualquer razão para que a ora recorrente possa ver procedente a sua acção de posse ou entrega judicial, ora em apreciação, visto que não estão preenchidos todos os pressupostos legais previstos no artigo 1044º do CPC de 1961.

Esta questão foi já debatida, neste mesmo processo, aquando da interposição de recurso do Mmo Juiz que indeferiu liminarmente a petição nos termos dos artigos 474º, nº 1, al. c), in fine, 463º, nº 1 460º, nº 2 do C.P.Civil, por ter entendido que a autora, ora recorrente nunca adquiriu a propriedade do parque de estacionamento em causa.

Somos a acompanhar a argumentação exarada no acórdão de 23 de Março de 2001 (cfr. fls 253 e segs.), no sentido de a situação dos autos comportar o recurso a este meio processual específico em que se traduz uma acção de posse judicial avulsa.

O artigo 1044º do CPC61, aplicável ao caso dispunha que *“aquele que tenha a seu favor um título translativo de propriedade pode requerer que lhe seja conferida a posse ou entrega judicial da coisa. Quando o acto seja susceptível de registo, juntar-se-á documento comprovativo de que o registo definitivo se acha feito em condições de o ser.”*

A posse ou entrega judicial destina-se a permitir ao adquirente

de um direito real que outorgue a posse, reclamar do detentor, de uma forma simples e rápida, a investidura na posse material e efectiva da coisa adquirida.

Compreendia-se, no âmbito do CPC de 61, a intenção do legislador em facilitar ao adquirente, através de uma forma derivada de aquisição, a investidura na posse da coisa adquirida, para evitar, por vezes, uma prova difícil de aquisição originária, isto é que a coisa pertencia efectivamente ao transmitente e assim nas sucessivas transmissões antecedentes.

Na acção de posse judicial avulsa, se não houver contestação, mandar-se-á investir o requerente na posse efectiva; se houver contestação faz-se uma apreciação muito sumária, para decidir se a posse deve ser conferida ou a coisa entregue e em que termos (cfr. 1046º e 1049º, nº2 do CPC61).

Não importa polemizar aqui sobre a natureza da acção de entrega judicial ou posse judicial avulsa, enquanto acção possessória ou não⁴, questão que relevaria para saber se, uma vez perdida a posse, seria legítimo o recurso a tal acção apenas com base no título translativo.

É questão, contudo, que aqui se não coloca, já que a autora, ora recorrente, nunca foi investida na posse daquele espaço e é o que pretende por via deste meio processual.

“O autor invoca o título transmissivo da propriedade para

⁴ - No sentido afirmativo, Oliveira Ascensão, Dto Civil, Reais, 1993, 118; contra, Manuel Rodrigues, A Posse, 1996, 358

demonstrar que adquiriu o direito real; cabe ao detentor ou a terceiro alegar que a posse não cabia ao transmitente e, portanto, não se transferiu para o adquirente. Da ausência ou da improcedência da oposição infere-se que o transmitente tinha efectivamente a posse e que esta se transferiu, nos termos gerais para o transmissário-autor. A visão da normalidade dos casos orientou a lei, que por isso se contenta com esta verificação e com os sumários trâmites que enuncia a seguir.”⁵

A posse ou entrega judicial destina-se pois a investir aquele que adquiriu mera posse jurídica, na posse efectiva.

E a questão que se põe, quer na óptica da sentença recorrida, quer na óptica dos recorridos, respeita, no caso *sub judice*, à inexistência de um título translativo de propriedade sobre aquele lugar de estacionamento por banda da recorrente.

Tal concepção pressupõe que o direito de propriedade esteja ali empregado, no citado artigo 1044º do CPC61, em sentido estrito.

Na verdade, não é assim, pois que se deve interpretar tal expressão, não como correspondente à propriedade perfeita, “devendo aplicar-se a qualquer direito real que se resolva no gozo do objecto. É certo que a lei emprega apenas a palavra «propriedade», mas esta compreende também as propriedades imperfeitas”.⁶

Se a autora, ora recorrente, na qualidade de comproprietária das

⁵ - Oliveira Ascensão, ob. cit., 119

⁶ - Manuel Rodrigues, ob. cit. 358

partes comuns do imóvel, pode reivindicar de terceiro, sozinha, a coisa comum ou qualquer sua parte⁷, nos termos do artigo 1405º, n.º 2, do C. Civil antigo, e artigo 1301º, n.º 1, do C. C. actual, não se vê razão para não poder requerer a entrega da coisa do detentor, até porque neste caso valerá a máxima de que seguramente quem pode o mais, pode o menos, e, assim, requerer em tribunal de detentor a posse ou entrega da parte coisa comum que adquiriu com base em título translativo e, para mais, cujo uso em exclusivo lhe está atribuído.

Ao fazê-lo, radica a sua legitimação na natureza do uso que lhe foi conferido nos termos acima vistos e cujo esteio, em termos de direitos reais, provém da sua qualidade de comproprietária de uma zona comum de prédio constituído em propriedade horizontal, uso esse que foi inscrito a favor da ora recorrente, aquando da inscrição da fracção, como se alcança de fls 22.

3. Entramos agora na última questão colocada e que se traduz em saber se o contrato promessa celebrado pelos RR. é bastante para impedir a A. de ser investida na posse daquele parque de estacionamento.

Sabemos que os réus, ora recorridos exibem um contrato promessa de compra e venda do direito de uso do referido parque de estacionamento e que pagaram, na altura, MOP140.000,00, mantendo-se, desde a celebração daquele contrato, em 11 de Abril de 1995, na posse do mesmo parque n.º 2xx.

⁷ - Ac. STJ de 23/2/95, CJ Acs. STJ, 1, 107

À primeira vista pareceria que, nestas circunstâncias, não lhes deixaria de assistir razão para oporem a sua *posse* àquela de que a A. se pretende prevalecer. Mas, na verdade, não é assim. Inexplicavelmente - porque, sendo também proprietários de uma fracção autónoma podiam ter esgrimido com o seu direito de compropriedade e não o fizeram -, invocam apenas a existência de um contrato promessa de um pretendo direito de uso sobre um espaço que não constitui fracção autónoma e, portanto, é de objecto impossível, em termos de constituição de um direito real, contra um direito de compropriedade e respectivo acordo de utilização.

Anota-se até o facto, não alegado pelos recorridos, de que no registo da sua fracção “xxL” se encontra mencionado o direito ao uso do parque n.º 153 e não ao parque n.º 2xx (cfr. fls. 79).

Como se sabe, o contrato-promessa simples não tem a virtualidade de transferir um direito real. E mesmo o contrato de compra e venda atesta somente que o vendedor declara vender algo que supõe que seja seu, mas que bem pode não ser. É que o direito real, no caso, a propriedade, só se comprova verdadeiramente através de uma forma de aquisição originária, não sendo caso de a presumir, porque registada, a favor do transmitente, nas situações de aquisição derivada. Ora, no caso, o que se sabe é que (E) e (F) prometeram vender o parque de estacionamento (nem sequer se fala no direito ao uso desse parque) aos recorridos. E, nada mais vindo alegado, a questão que se coloca é se os promitentes vendedores o possuíam? A que título? Como o adquiriram?

Encontramo-nos perante uma situação, não se nega, que inculca

no sentido de que os recorridos foram defraudados, quer materialmente, quer nas suas expectativas, ao negociarem um espaço impossível de ser transaccionado e que, nos termos acima vistos, caberia a outro condómino. Eventualmente, não é isso que aqui se discute, com possibilidade de poderem ser ressarcidos dos prejuízos que tiveram junto do promitente vendedor. Só que essa é questão que não podem invocar contra o titular do direito.

Os réus, ora recorridos, não têm posse em nome próprio, pois o contrato promessa de compra e venda do alegado direito de uso sobre o parque de estacionamento n.º 2xx, acompanhado da respectiva *traditio*, necessariamente, *brevi manu*, (como já se referiu, do contrato não se verifica que conste tal direito como objecto mediato da relação), só lhes pode ter conferido a detenção, não se configurando qualquer transmissão de posse, ainda que em nome de outrem, até porque nem alegado vem o título do transmitente.

Os poderes de facto exercidos pelos requeridos sobre o lugar 2xx tê-lo-ão sido, ao longo do tempo, praticados por mera tolerância dos outros condóminos (artigo 1253º-b) do CC67), sendo estes os verdadeiros possuidores daquele espaço, importando respeitar o acordado quanto à utilização do mesmo. Tanto mais, como se sabe, que a posse não implica a imediação material com a coisa, bem podendo ser exercida por intermédio de outrem.

Mas mesmo que se configurassem os poderes de facto sobre o lugar n.º 2xx, exercidos pelos recorridos, como sendo actos de posse, sempre a recorrente, somando a sua posse à dos antecessores, não deixaria

de ter a posse mais antiga, já que a posse actual dos recorridos não faz presumir a posse anterior (artigo 1254º, nº1 do CC67)

Nem sequer se podem prevalecer os recorridos da posição de terceiros de boa-fé, ignorando sem culpa a nulidade do negócio, já que não procederam a qualquer registo, compreendendo-se até que o não pudessem fazer, contrariamente à recorrente que procedeu ao registo da fracção onde ficou averbado o direito a usar o parque n.º 2xx (fls. 22), registo contemplado no artigo 5º da Lei 20/88/M de 15 de Agosto e 2º, nº 1, a) e d) do Código de Registo Predial 67 e que sempre confere prioridade sobre direitos não registados.

Nesta conformidade, entende-se ser de conferir à A., ora recorrente, a posse sobre o referido lugar de estacionamento, já que os recorridos não possuem título bastante que legitime a oposição a tal entrega.

IV – DECISÃO

Pelas apontadas razões, acordam em conceder provimento ao recurso e, revogando a sentença recorrida, deve a A., ora recorrente, ser investida na posse efectiva do parque de estacionamento n.º 2xx do prédio em regime de propriedade horizontal, denominado Ed. XX, n.ºs 68 a 70B da Avenida do Ouvidor Arriaga e n.ºs 32 a 46 da Rua do Padre António Roliz.

Custas pelos recorridos.

Macau, 20 de Maio de 2004,

João A. G. Gil de Oliveira (Relator) – Choi Mou Pan – Lai Kin Hong
(com declaração de voto vencido)

Recurso nº 22/2004
Declaração de voto vencido

Votei vencido o douto Acórdão que antecede por seguintes razões:

Nos ordenamentos jurídicos do sistema continental da raiz europeia, donde foi inspirado o sistema jurídico vigente em Macau, ao poder de facto (“pouvoir de fait”, “tatsächliche Gewalt”) exercido sobre uma coisa é atribuída certa relevância e conseqüentemente tutela jurídica.

A este propósito, o Saudoso Professor Doutor Orlando de Carvalho, escreveu nas suas lições que *“o direito pode ver-se subtraído do poder de facto a que tende, que o poder jurídico não é necessariamente poder empírico e que, este, ao tornar-se autocéfalo desenvolve uma força jurísgena (a mesma que historicamente o impôs como direito, no começo da dominialidade) que o levanta contra o poder jurídico simples (subtraído justamente da posse), erodindo-o e virtualmente substituindo-o.”* – cf. Orlando de Carvalho, Introdução à Posse, *in* Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 122º, nº 3780.

Tanto histórica como contemporaneamente, nos ordenamentos jurídicos de raiz continental europeia, existem, quanto à tutela da posse, dois sistemas possessórios, ou seja, o sistema subjectivo e o sistema objectivo.

Para os subjectivistas, a posse exige não apenas um poder de facto exercido sobre a coisa (*corpus*), mas também que o possuidor exerça o poder como se fosse *dominus* do direito da coisa (*animus*).

A esse entendimento opuseram os objectivistas defendendo que a essência da posse era o poder de facto sobre a coisa, poder que tinha, sem dúvida, de ser voluntário ou intencional, mas sem uma intencionalidade específica, sem ser necessariamente em termos de domínio. Isto é, não há distinção entre *corpus* e *animus*, e, por conseguinte, é possuidor tanto quem exerce o poder de facto em nome próprio como quem o exerce em nome de outrem.

Por influência da tradição juscivilistica francesa que acolheu o pensamento de Savigny, o direito de Macau enquadra-se no sistema subjectivo, ou seja, além do *corpus*, a posse implica um *animus possidendi* a que contrapõe uma situação de mera detenção, o que resulta logo da leitura do artº 1251º do Código Civil de 1966, aplicável ao caso dos autos, que preceitua que “*posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real*”.

Já vimos *supra* a importância do poder de facto exercido sobre uma coisa (a posse) face à nossa lei civil. E agora passamos a averiguar se no caso concreto em apreço a actuação dos RR sobre o parque de estacionamento satisfaz ou não os dois elementos de uma verdadeira posse, digna de tutela possessória.

Segundo a factualidade já dada provada por assente, em

11ABR1995, os RR celebraram com (E) e (F) um contrato de promessa de compra e venda do direito de uso do parque de estacionamento nº 2xx em causa, para tal pagaram a quantia de MOP\$140.000,00 e passaram a partir daí a usar o mesmo parque.

Apesar da circunstância de o contrato de promessa em causa não ser abstractamente idóneo para a transmissão de propriedade do parque de estacionamento, o certo é que isso nunca impediu que os RR passassem a possuir, em nome próprio, de boa fé, pública e pacificamente aquele parque de estacionamento como se fosse proprietário. E é. o que sucedeu e tem sucedido com os RR de acordo com a matéria de facto provada globalmente considerada.

Embora seja de observar que na matéria de facto provada, o contrato de promessa tem por objecto o direito de uso do parque de estacionamento e não o de propriedade do mesmo parque, o que se lê no teor do próprio contrato é a venda do parque.

Ora, como acontece na maioria senão na generalidade de situações fácticas semelhantes em Macau, os promitentes-compradores passam, após o pagamento da totalidade do preço e com a correspectiva tradição da coisa a seu favor, a actuar como se fossem proprietários, o que constitui indubitavelmente um facto notório de entre os operadores de direito e os no mercado de imóveis.

In casu, a mesma conclusão pode ser tirada pois, e aliás, o preço que os RR pagaram (MOP\$140.000,00), atendendo as condições do mercado em 1995, não pode deixar de ser um preço para aquisição da

propriedade do parque de estacionamento.

Verifica-se, assim, uma situação de uma verdadeira posse dos RR em nome próprio sobre o parque, pois estão presentes o *corpus* e o *animus possedendi*.

Ao abrigo do disposto na primeira parte do artº 1268º/1 do Código Civil de 1966, aqui aplicável, o possuidor goza da presunção da titularidade do direito.

Todavia, logo na parte final dessa mesma norma, a nossa lei civil estabelece uma ressalva no sentido de que a presunção de que o possuidor beneficia cede se existir, a favor de outrem, presunção fundada em registo anterior ao início da posse.

A A. não tem posse sobre o parque, pois sempre lhe faltou a disponibilidade empírica, sem a qual não estamos perante uma verdadeira posse digna da tutela possessória.

Ora, de acordo com a factualidade dada provada, a A. tem apenas a seu favor, sobre o parque de estacionamento em causa, o registo do direito de uso efectuado em 20JAN1999.

Por força do disposto no artº 8º do antigo Código de Registo Predial, aqui aplicável, o registo constitui presunção não só de que o direito registado existe, mas de que pertence à pessoa em cujo nome esteja inscrito, nos precisos termos em que o registo o define.

Deste modo, contra a presunção que beneficia os RR a A. dispõe tão só da presunção que lhe advém do registo efectuado em 20JAN1999, data essa que é bem posterior ao início da posse dos RR, os quais,

como vimos, pelo menos a partir de 11ABR1995, passaram e têm vindo a exercer o poder de facto sobre o parque como se fossem proprietários.

Dispõe o artº 1268º/1 do Código Civil de 1966, aqui aplicável, a presunção da titularidade do direito fundado em registo não prevalecerá contra a posse anterior a este.

Solução legal esta que não é de estranhar pois até se compreende perfeitamente a racionalidade dessa interpretação a *contrario* da ressalva do artº 1268º/1, quer pela razão de ser subjacente à tutela possessória, já contemplada e acolhida na tradição do Direito Romano e do Direito Germânico, quer pela natureza meramente declarativa do registo predial face à nossa lei registral civil.

Efectivamente, o simples facto de em 20JAN1999 haver sido registada a favor da A. a transmissão do direito de uso sobre o parque de estacionamento em causa não constitui uma forte presunção de que este lhe pertença, se existir um poder de facto já exercido anteriormente ao registo sobre o mesmo bem por quem, como os RR, actua com *corpus e animus possedendi*.

Por outro lado, atendendo a natureza meramente declarativa do nosso registo predial, não se nos afigura dever exagerar-se a credibilidade da presunção fundada apenas no registo, pois à luz da nossa lei registral civil, a inscrição de um facto aquisitivo no registo predial não tem de ser precedida de uma apreciação judicial que garanta ou dê sérias probabilidades de existência da titularidade do direito na pessoa que no título figura como adquirente – nesse sentido, cf. Ac. STJ,

de 04JUL1972, anot. por Vaz Serra na Rev. de Leg. e de Jur., ano 106º, pág. 281 e ss., aqui citada a título de referência meramente doutrinária.

Assim sendo, a posse anterior dos RR deve ser tutelada face à pretensão da A. baseada somente na presunção fundada num registo posterior, sendo portanto de improceder o pedido formulado pela A. na sua petição inicial.

Pelas razões acima expostas, julgo dever ser mantida a decisão da sentença *a quo*, ao contrário do que entende a douta posição da maioria do Colectivo.

R.A.E.M., 20MAIO2004

O juiz

Lai Kin Hong

上訴卷宗編號：22/2004

表決落敗聲明

本人於表決中落敗，不同意本合議庭裁判的理由如下：

澳門現行的法律制度是源自歐洲大陸法系。

在歐洲大陸法系制度中，物權法律對事實上行使的管領力（*poder de facto, pouvoir de fait, tatsächliche Gewalt*）予以一定程度的重視和因此對之設定法律上的保護。

就這一課題，Orlando de Carvalho 教授曾在其教學中指出：「物權內容中的事實上管領力是可被取去的，有法律上的權力並非必然等於擁有事實上的管領力，當這種事實上的管領力被他人獨立行使時，會發展成一股生成物權權利的力量（歷史上，在物權意識存在的初期，這種力量就被認定為權利）。這種生成權利的力量會對抗單純法律上的權利（正是失去事實上管領力的權利），和逐步侵蝕之和取代之——見 Orlando de Carvalho, *Introdução à Posse*, 載於 *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 122º, nº 3780.

在歐洲大陸法系的不同國家的體制中，歷史上和當代的體制中，這種稱為占有（*posse*）的對物在事實上管領力有着兩種不同法律

保護制度：其一是主觀主義制度、其二是客觀主義制度。

對主觀主義制度的學派而言，作為成立占有（posse）必須的要件是不單須對一特定之物有行使事實的管領力（corpus），行使管領力的主體（占有者）亦須以有如物的所有權人或擁有其他較小物權人的主觀姿態行使事實上的權力（animus）。

相反地，客觀主義學派的支持者則主張占有（posse）的精髓所在是對一物的事實管領力。毫無疑問，行使這一權力必須是有意圖支配的，但並不一定要具有擁有所有權或其他較小物權的特定意圖。申言之，客觀主義者並不對 corpus 和 animus 兩要素作區分，因此，不論以本人名義行使事實上的管領力或以他人名義行使之，一概視為占有。

德國法學家薩維尼（Friedrick K. von Savigny）的主觀主義被法國民法所採納，而法國民法隨後亦影響澳門現行民法就占有這方面的立法。

因此，根據澳門現行物權法的規定（一九六六年《民法典》第一千二百五十一條），占有（posse）的成立要件包括客觀要素（corpus）和主觀要素（animus）。凡欠缺主觀要素 animus 者，僅可成為單純持有的情況，（一九六六年《民法典》第一千二百五十三條）。

通過以上簡單的闡述何謂占有和其歷史沿革及在法律上的重要性，以下讓我們套用這些理解以分析本上訴案件中的具體情況。

根據原審法律的事實認定，被告二人於一九九五年四月十一日與(M)及(N)簽訂一份買賣預約合同，以澳門幣壹拾肆萬圓正預約購買本案所涉的泊車位，當時即全數支付車位價格和立即開始使用該2xx 號車位。

儘管預約合同本身抽象地並非轉移物權的適當的法律工具，但這點並不妨礙被告兩人自簽訂預約日起即以本人名義、善意、公開及和平方式和具有所有權人般的主觀意願占有該泊車位。

雖然原審法院的認定事實中指出該預約合同的標的是該車位的使用權而非所有權，但本案卷宗第 287 頁所載的合同副本的內容則清楚顯示為購買車位，因此，這點亦顯示被告二人在主觀上以所有權人般的意願在事實上管領該車位。

事實上，在澳門不動產市場上大部份情況中，甚至是普遍情況中，預約合同的預約買方在支付全部價格和接收不動產後便馬上以所有權人身份和意圖開始管領該不動產，這點對本地法律工作者和房地產從業人士而言似乎是無須舉證的明顯不爭事實。

在本具體個案中，只要考慮被告二人所支付的價格（澳門幣壹拾肆萬圓），一九九五年澳門房地產的市道，毫無疑問我們可以結論被告兩人在行使事實上的管領力時，具有如所有權人般的意圖（animus）。

因此，被告二人的行為符合一九六五年《民法典》第一千二百五十一條的規定，屬占有且受法律的保護。

根據同一法典第一千二百六十八條第一款的規定，占有人被推定為擁有其行為意圖所指的物權。

然而，在同一款的第二部份設有一但書，規定若另有他人對同一物受惠於物權登記事實時，只要該登記在時間上先於占有的開始時，則推定該人擁有該登記的物權。

由於原告欠缺在事實上管領該車位的權力，故原告不是占有人，故不可藉占有而受法律保護。

根據原審法院的已證事實，對原告有利者是於一九九九年一月二十日就取得該泊車位使用權作成的登記。

根據當時適用的《物業登記法典》第八條規定，登記一經確

定，即推定所登記之權利完全按登記中對該權利所作之規定存在，並屬於所登錄之權利人所有。

因此，原告能與被告享有的推定抗衡之處就只有於一九九九年一月二十日作成的登記。然而，由於被告最低限度已早於一九九五年四月十一日開始以有如所有權人意圖地對該車位行使事實上的管領力，故對原告有利的登記時遠後於對被告有利的開始占有時。

根據上述一千二百六十八條第一款規定，被告享有的推定優於原告所享有單純基於登記的推定。

如果我們細想為何羅馬法和日耳曼法同樣給予占有保護的理由和澳門現行的物業登記制度規定登記僅具宣示效力（efeito declarativo），而非創設效力（efeito constitutivo），則非但不會奇怪，而且更完全理解《民法典》第一千二百六十八條第一款立法理由的合理性。

事實上，鑑於原告於一九九九年一月二十日作成的使用權登錄遠後於被告一九九五年開始的事實上管領行為，原告所享受者並非強而有力的推定。

另一方面，由於物業登記原則上不具創設效力，況且登記事

實在作成登錄前不一定需要先獲法院裁判確實和保證其真正存在，故我們不能跨大單純建基於物業登記的推定的取信力——作為學說參考，可參見 Vaz Serra 對一九七二年七月四日葡萄牙最高法院合議庭裁判的註釋，載於 *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 106º，第 281 頁起。

綜上所述，本人認為應以上述理由，維持原審法院裁定原告起訴理由不成立的判決。

法官

賴健雄

二零零四年五月二十日