UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL

BRUNO MANGINI DE PAULA MACHADO

**O CONDOMÍNIO EDILÍCIO E O CONDÔMINO COM
REITERADO COMPORTAMENTO ANTISSOCIAL**

SÃO PAULO / SP

2013

BRUNO MANGINI DE PAULA MACHADO

**O CONDOMÍNIO EDILÍCIO E O CONDÔMINO COM
REITERADO COMPORTAMENTO ANTISOCIAL**

Dissertação de mestrado apresentada
ao Departamento de Direito Civil da
Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre
em Direito Civil.

Orientador: Prof. Titular Carlos Alberto Dabus Maluf

SÃO PAULO / SP

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

Bruno Mangini de Paula Machado

O Condomínio Edilício e o Condômino com Reiterado Comportamento Antissocial

Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em Direito Civil.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Orientador: _____

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Mário e Aída, pelo incansável incentivo aos estudos, pilares fundamentais para o pleno desenvolvimento de minha formação intelectual e moral, exemplos de empenho, luta, dedicação e amor à família, ao trabalho e ao próximo.

À minha irmã Giovanna, pelo carinho e compreensão despendidos no transcorrer da presente dissertação.

À memória do Prof. Dr. Luiz Carlos de Azevedo, por Deus chamado ainda antes do término da elaboração dessa dissertação, minha eterna gratidão pela inicialização na orientação desse trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, não há como deixar de agradecer imensamente a Deus, que nos deu força e nos amparou nos momentos de maior dificuldade, mostrando-nos sempre o caminho a ser seguido.

Ao orientador Professor Titular Carlos Alberto Dabus Maluf, não só pela paciência e apoio despendidos ao longo da elaboração dessa dissertação, mas pelo compartilhamento do saber, estimulando ainda mais o interesse pela vida acadêmica.

Aos queridos familiares, avó, tios, tias, primos e primas, que certamente nos proporcionaram alegria e felicidade em nossas reuniões de família, sempre com palavras de estímulo e muito incentivo no transcorrer da elaboração dessa dissertação.

Aos ilustres amigos praianos da cidade de Santos, pela sólida amizade construída, que desde os tempos de colégio até os dias de hoje continuam nos proporcionando memoráveis e inesquecíveis momentos, capazes de nos confortar, ainda que à distância, nos solitários momentos que a elaboração dessa dissertação nos impôs.

Ao querido amigo André Cardoso Berçot, que muito contribuiu para o aperfeiçoamento da presente dissertação, exemplo de amigo, dedicação, empenho, esforço e estudo.

Aos inesquecíveis amigos do tempo de Faculdade, que certamente nos oportunizaram, além de incríveis momentos, especialmente guardados na lembrança para todo o sempre, obter os primeiros conhecimentos jurídicos, indubitavelmente fundamentais para hoje conseguirmos concluir a presente dissertação.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por toda estrutura material fornecida para a elaboração dessa dissertação.

Enfim, o meu profundo agradecimento a todos que, de qualquer forma, ainda que minimamente, contribuíram para a concretização dessa dissertação, servindo de fonte de inspiração na busca incansável pelo saber e pelo conhecimento.

RESUMO

A presente dissertação aborda a temática do condomínio edilício, examinando questões importantes e elementares deste especial instituto jurídico, e do condômino com reiterado comportamento antissocial. Para tanto, exige-se uma robusta análise do direito de propriedade e da função social, como seu elemento transformador, na medida em que esta, ao lado da peculiar estrutura jurídica do condomínio edilício, que conjuga áreas de propriedade exclusiva com áreas de propriedade comum, somada ao próprio ordenamento jurídico pátrio, impõe ao titular de unidade autônoma o cumprimento de deveres de observância obrigatória, não só para com os demais condôminos, mas principalmente em favor de toda coletividade. Tais deveres, uma vez descumpridos, ensejam a aplicação de medidas jurídicas sancionatórias gradativas em face do infrator, a iniciar por penas pecuniárias, até final expulsão da seara condominial, que poderá ocorrer na medida em que sejam reiteradas as atividades nocivas por ele desempenhadas, gerando incompatibilidade de convivência com os demais condôminos, e na hipótese de as multas aplicadas mostrarem-se inócuas como meio de interrompê-las. A expulsão do condômino antissocial do condomínio edilício pode afigurar-se, a princípio, uma radical sanção, contudo extremamente necessária como último recurso não só para a manutenção do equilíbrio psíquico, econômico e social na copropriedade, mas para assegurar a função social que o ordenamento jurídico brasileiro impõe ao direito proprietário, no qual também está inserida a propriedade em unidade autônoma condominial.

Palavras-chave: condomínio edilício, condômino antissocial, direito de propriedade, função social da propriedade, deveres condominiais, infração, pena pecuniária, expulsão.

ABSTRACT

This dissertation addresses the theme of condominium building, examining important issues and this legal institute special elementary, and condominium member with repeated antisocial behavior. Therefore, it requires a robust analysis of property rights and social function, as its transforming element, insofar as the social function, along with the peculiar legal structure of the condominium building, which combines exclusive proprietary areas with common property areas, in addition to its own legal system, imposes on the holder of the autonomous unit compliance with mandatory observance duties, not only with the other joint owners, but mostly in favor of the whole collectivity. Once breached such duties, it inspires the application of piecemeal legal sanctions measures in face of the offender, that starts from monetary penalties until the final expulsion of the harvest condominium, which may occur as the harmful activities are repeated by him performed, generating coexistence incompatibility with the other condominium members, and assuming that the fines shows up innocuous as a way to stop them. The expulsion of antisocial condominium member from the condominium building can seem, at first, a radical penalty, but extremely necessary as a last resort not only to maintain psychic equilibrium, social and economical in co-ownership, but to ensure the social function that the Brazilian legal system imposes on the proprietary right, which is also inserted into the stand-alone unit condominium property.

Key words: condominium building, antisocial condominium member, property rights, the social function of property, condominium building duties, violation, pecuniary penalty, expulsion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: A NECESSIDADE DE ABORDAR O TEMA.....	10
1. CONDOMÍNIO TRADICIONAL: NOÇÕES INDISPENSÁVEIS	19
1.1. Conceito e a Ideia de Fração Ideal.....	19
1.2. Uma Reflexão Jurídica Acerca da Fração Ideal em Relação ao Direito de Propriedade: Teorias Explicativas	22
1.3. Classificação	23
2. CONDOMÍNIO EDILÍCIO: EXPOSIÇÕES ELEMENTARES	26
2.1. Nomenclatura	26
2.2. Evolução Histórica	27
2.3. Características	32
2.4. Natureza Jurídica	37
2.5. Personalidade Jurídica	38
3. O REGIME JURÍDICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	44
3.1. O Significado do Termo “Propriedade”	44
3.2. Escorço Histórico	46
3.3. A Evolução Histórica no Ordenamento Jurídico Brasileiro	60
3.4. O Direito Civil Constitucional	65
4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: ELEMENTO MODIFICATIVO DO DIREITO PROPRIETÁRIO.....	71
4.1. Panorama Geral	71
4.2. A Propriedade como Relação Jurídica Complexa	74
4.3. Direito de Vizinhança: o Uso Normal da Propriedade	76
4.4. O Abuso do Direito de Propriedade	80
4.5. O Conteúdo Jurídico da Função Social da Propriedade.....	85
4.6. A Função Social da Propriedade como Meio de Desenvolvimento da Política Urbana, Agrícola e Fundiária	88
4.7. A Perda da Tutela Jurídica da Propriedade	94
4.8. Conclusão.....	97

5. O CONDÔMINO COM REITERADO COMPORTAMENTO ANTISOCIAL NO CONDOMÍNIO EDILÍCIO	99
5.1. Os Deveres dos Condôminos: Sanções Impostas pela sua Inobservância ...	100
5.1.1. <i>A multa pelo descumprimento do dever de pagar a contribuição condominial obrigatória</i>	<i>101</i>
5.1.2. <i>A multa pelo descumprimento dos demais deveres.....</i>	<i>103</i>
5.1.3. <i>A aplicação da multa e o devido processo legal</i>	<i>105</i>
5.1.4. <i>Requisitos obrigatórios à aplicação das sanções por infração aos deveres condominiais.....</i>	<i>106</i>
5.1.5. <i>A natureza jurídica da notificação ao condômino infrator.....</i>	<i>108</i>
5.2. O Condômino Antissocial e seu Comportamento Nocivo	109
5.2.1. <i>Os princípios norteadores da codificação civil.....</i>	<i>109</i>
5.2.2. <i>O conceito de condômino antissocial.....</i>	<i>111</i>
5.2.3. <i>A questão da poluição sonora excessiva</i>	<i>114</i>
6. A QUESTÃO DA EXPULSÃO DO CONDÔMINO COM REITERADO COMPORTAMENTO ANTISOCIAL DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO: UMA ROBUSTA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE	116
6.1. A Tutela Específica da Obrigação: o artigo 461 do CPC.....	117
6.2. A Expulsão do Condômino Antissocial.....	123
6.2.1. <i>A expulsão do condômino antissocial nas legislações alienígenas: breve síntese</i>	<i>129</i>
6.2.2. <i>Requisitos à expulsão do condômino antissocial.....</i>	<i>130</i>
6.2.3. <i>A expulsão do condômino antissocial não proprietário</i>	<i>132</i>
7. CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142

INTRODUÇÃO: A NECESSIDADE DE ABORDAR O TEMA

O núcleo de desenvolvimento da presente dissertação é identificar e, a partir de então, estudar e analisar a figura do condômino com reiterado comportamento antissocial no condomínio edilício, examinando, conseqüentemente, os mecanismos jurídicos hoje existentes na legislação brasileira aptos a punir, cessando ou impedindo, tais comportamentos, o que constitui, a nosso ver, matéria bem árdua, dado o conceito legal indeterminado de comportamento antissocial e dada a escassez, por assim dizer, de regramento jurídico a respeito do tema, sem falar, é claro, da polêmica que o mesmo desperta tanto na doutrina como na jurisprudência. Aliás, a controvérsia jurídica provocada pelo tema certamente é o que mais nos aguça em querer enfrentá-lo.

Para tanto, inevitavelmente, teremos que abordar de maneira profunda o próprio instituto do condomínio edilício, que se caracteriza por ser um instituto jurídico complexo, com linhas estruturais bastante peculiares, composto de propriedade individual e de propriedade comum. O condomínio edilício, na linha de Everaldo Augusto Cambler¹, “*conjuga o direito de propriedade sobre a unidade condominial autônoma, o direito de copropriedade sobre as partes comuns e o direito sobre a fração ideal do terreno, complementados pela regulamentação do exercício do domínio em face dos demais proprietários*”. O condomínio edilício é, portanto, uma estrutura simbiótica, já que tem como elementos componentes a propriedade exclusiva e a propriedade comum, que, juntas, formam um todo indivisível.

E, a despeito de evidências remotas do instituto do condomínio edilício, conforme veremos em capítulo próprio, trata-se, em verdade, de instituto jurídico relativamente novo, que, ao contrário do condomínio tradicional, possui natureza duradoura e indivisível. Para Orlando Gomes², “*o edifício de apartamento se apresenta, no quadro das construções jurídicas, como genus novum*”.

O condomínio edilício é, portanto, uma nova forma de domínio, onde o mesmo sujeito é, ao mesmo tempo, titular de uma propriedade e de uma copropriedade, havendo

¹ CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação Imobiliária: ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: RT, 1993, p. 109.

² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 223.

relação subjetiva una, ou seja, relação objetiva dicotômica³, sendo que o direito de propriedade sobre a parte exclusiva é combinado com o direito de copropriedade sobre as partes comuns, originando, segundo João Batista Lopes⁴, “*um novo direito real*”. José de Oliveira Ascensão⁵, com a genialidade que lhe é peculiar, sustenta que “*a propriedade horizontal é efetivamente um novo direito real. Mas não é um direito real simples, pois não traduz uma nova maneira de afetar uma coisa em termos reais. É antes um direito real complexo, pois combina figuras preexistentes de direitos reais*”.

Ora, é preciso compreender que é especificamente a justaposição de propriedades distintas e exclusivas ao lado do condomínio de partes do edifício, forçosamente comuns, que propicia e contribui para o surgimento de condutas antissociais, na medida em que pessoas, que jamais tiveram qualquer relação mais próxima, com origem e educação distintas, portadoras dos mais diversos comportamentos, veem-se obrigadas a partilhar um convívio diário e duradouro, o que, nem sempre, ocorre de maneira cordata.

Soma-se, como fator contributivo, a inexistência, em regra, de prévia seleção para o ingresso do condômino no condomínio e, “*em decorrência disso, vê-se o condomínio frequentemente invadido por pessoas de comportamento censurável, quando não insuportável, cuja presença no edifício constitui sério entrave à tranquilidade da coletividade de condôminos*”⁶.

O tema objeto da presente dissertação exige, ainda, uma abordagem sobre a temática da propriedade, garantida constitucionalmente, da função social, como seu elemento transformador, esta, de importância ímpar, já que integra a própria estrutura e conteúdo da propriedade, segundo veremos em capítulo próprio, e do abuso de direito, verdadeira cláusula geral, do qual é espécie o abuso do direito de propriedade, caracterizador do mau uso da propriedade, na medida em que se mostra indispensável para que, ao final, por meio de sólidos fundamentos, possamos sustentar, como medida última e extrema em face do condômino com reiterado comportamento antissocial, a aplicação da sanção de sua expulsão do condomínio.

³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 93.

⁴ LOPES, João Batista. *Condomínio*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 57.

⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. Lisboa, 1973, p. 498.

⁶ LOPES, João Batista. *Condomínio*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 137.

Um minucioso e elaborado estudo da questão atinente ao condômino antissocial, umbilicalmente ligada ao instituto do condomínio edilício, da propriedade e sua função social, mostra-se indubitavelmente necessário, útil e de grande relevância ao direito contemporâneo, vez que, hodiernamente, a quantidade de condomínios edilícios cresce em progressão geométrica nos grandes centros urbanos, vistos como uma solução para a crise de moradias, provocando uma migração cada vez maior da população urbana para seus interiores.

Todavia, paralelamente, multiplicam-se os conflitos, pelos mais diversos motivos, decorrentes da dificuldade de convivência harmoniosa entre os condôminos. A vida em condomínio apresenta uma série de peculiaridades que, entretanto, não são adaptáveis a todos, em especial aos que se recusam a aceitar limitações ao seu direito de proprietário, aliás, limitações estas que atingem não só a área comum, mas também o uso da área privativa. Portanto, existe, também, significativo aumento de condôminos que prejudicam um convívio pacífico com os demais, ou seja, verdadeiros condôminos antissociais.

O fenômeno do condomínio edilício, atualmente, já não mais fica sequer restrito a megalópoles, estando presente em cidades de médio e até pequeno porte. Entretanto, é justamente nas metrópoles que se encontra um número cada vez maior de condomínios edilícios, que, nas palavras do mestre Carlos Alberto Dabus Maluf⁷, “*surgem de todos os lados, tanto para fins residenciais como para fins comerciais*”. Ainda nos dizeres do citado mestre, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, encontramos uma frase que retrata de maneira magnífica a real importância atingida pelo instituto do condomínio edilício, qual seja: “*pode-se dizer que, presentemente, o progresso de uma cidade se mede pelo seu sentido vertical*”.

Pois bem, historicamente sempre se afirmou que o condomínio é a mãe das discórdias (*condominium mater rixarum*). Silvio Rodrigues⁸, por sua vez, assinala que o condomínio “*é fonte de demandas e um ninho de brigas, revelando-se uma situação anômala, cuja existência não se pode negar, mas até seria melhor que não existisse*”.

7 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *O Condomínio Edilício no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3.

8 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 196.

Desse modo, com o surgimento dos inevitáveis conflitos no mundo moderno, é dever da ciência jurídica tentar equacioná-los de maneira efusiva. Daí a importância do desenvolvimento do presente tema, para que saibamos identificar os reais e verdadeiros comportamentos antissociais, e, assim, consigamos nos valer de meios legais, idôneos e realmente eficazes contra estes.

O condomínio edilício apresenta a particularidade da extrema proximidade e intimidade entre as unidades, tanto lateral (quando há mais de um apartamento por andar) como vertical, tornando-se necessária a fixação de limites para o comportamento do condômino. Ora, viver em condomínio exige a abstenção de certas práticas, em prol da coletividade.

Porém, podemos observar nos condomínios edilícios algumas práticas que hoje são intoleráveis e lamentáveis, que devem ser coibidas de forma rigorosa, como por exemplo: crianças e adultos mal-educados que falam alto pelas áreas comuns do condomínio edilício, proferindo, inúmeras vezes, palavras de baixo calão; barulhos cada vez mais altos oriundos das unidades autônomas, muitas vezes em horários de repouso noturno, que atravessam as paredes, pisos e tetos, propagando-se pelas demais unidades; falta de higiene nas áreas comuns do condomínio, com o lançamento de dejetos ao chão, muitas vezes, atirados pela janela da própria unidade autônoma; a falta de respeito entre condôminos, gerando, por mais das vezes, agressões físicas e verbais; enfim, diversos outros comportamentos que, sem dúvida alguma, assim como os anteriores, adjetivam-se como antissociais, geradores de conflitos, ocasionando, se não repelidos rispidamente, incompatibilidade de convivência com os demais condôminos, impedindo a vida harmoniosa na seara condominial.

Citamos acima apenas alguns exemplos das mais diversas causas que propiciam significativo aumento das práticas antissociais nos condomínios edilícios, as quais, aliadas ao exacerbado individualismo, muitas vezes, *“juntas ou isoladas, podem levar à loucura os demais coproprietários do edifício”*⁹. Tais práticas não comprometem

⁹ MORAN, Maria Regina Pagetti. *Exclusão do Condômino Nocivo nos Condomínios em Edifícios*. São Paulo: LED, 1996, p. 18.

apenas o sossego de cada condômino, mas, muitas vezes, “*alcançam sua saúde e segurança, acarretando enorme custo social a justificar severa repressão*”¹⁰.

Nessa vereda, constatamos, por assim dizer, uma depreciação social dos deveres individuais, ou seja, raros são hoje os locais e circunstâncias em que palpita o sentido de consagrar a vida ao próximo. As lições inflexíveis da moral parecem ter abandonado os recintos públicos e privados, pois os valores altruístas deixaram de ter qualquer importância aos olhos dos indivíduos e das famílias. Gilles Lipovetsky, de forma ímpar e esclarecedora, colaciona que “*o imperativo proverbial do coração puro, os apelos ao devotamento total, o ideal hiperbólico de viver para os outros, nenhuma dessas exortações já encontra ressonância coletiva. Por todas as partes, o que caracteriza as novas democracias é o esmorecimento da forma-dever, o estiolamento do preceito moral incontornável*”¹¹. Infelizmente, no momento atual, temos a firme impressão da prevalência da decomposição e declínio da moral, onde as pessoas se voltam ao puro egoísmo.

E, na medida em que certas práticas causam incômodos ao bem-estar social e prejuízos à saúde, Flavia Witkovski Frangetto¹² muito bem aponta que as mesmas mostram-se responsáveis “*pelo estado cada vez mais desgastante da vida humana nos centros urbanos da atualidade*”.

Há, portanto, sem dúvida alguma, um fato social que requer medidas legais verdadeiramente eficientes, com o firme propósito de coibi-lo, numa tentativa de harmonizar a vida em sociedade, proporcionando, assim, um convívio pacífico no interior dos condomínios edilícios. Tal fato social nos fez refletir sobre a urgência do desenvolvimento do presente estudo, para que sanções jurídicas realmente adequadas sejam encontradas e aplicadas em cada caso concreto, permitindo até, se o contexto fático exigir, a expulsão do condômino antissocial do condomínio.

¹⁰ CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Perturbações Sonoras nas Edificações Urbanas: (ruído em edifícios, direito de vizinhança, responsabilidade do construtor, indenizações): doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: RT, 2001, p. 2.

¹¹ LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democrático*. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005, p. 104. Título original: *Le crépuscule du devoir: l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*.

¹² FRANGETTO, Flavia Witkovski. *O Direito à Qualidade Sonora*. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, 2000, v. 19, p. 157.

A sanção de expulsão do condômino antissocial poderia parecer, em uma primeira análise, medida por demais rigorosa, incompatível, talvez, com a própria natureza jurídica do direito de propriedade. Todavia, tentaremos demonstrar que em casos extremos, pode ser esta a única solução capaz de cessar de vez condutas antissociais, mormente nos casos de grave violação à função social da propriedade, onde a aplicação reiterada de multa se mostre inócua, incapaz de restabelecer a paz social na esfera condominial.

No que diz respeito à possibilidade de expulsão do condômino com reiterado comportamento antissocial, à minguada de regra ou dispositivo legal expresso, omissão legislativa desde logo assentada, sustentaremos tal medida jurídica por meio de disposições legais explícitas e implícitas contidas no próprio ordenamento jurídico brasileiro, através de uma interpretação teleológica e sistemática da norma, ao lado, é claro, da jurisprudência, que, ainda que de maneira tímida, já começa a se pronunciar nesse sentido.

Pois bem, o condomínio edilício encontra-se, atualmente, regulado pelos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil de 2002, instituído pela Lei 10.406/02, os quais dedicaram atenção especial ao instituto do condomínio, importando na revogação tácita do título I, artigos 1º a 27 da Lei 4.591/64¹³.

Referida legislação em vigor, regulamentadora do instituto, apesar de não ter ficado alheia aos problemas decorrentes da relação entre condôminos, é um tanto omissa quanto à imposição de sanções realmente capazes de coibir o uso antissocial da propriedade nos condomínios edilícios. Senão vejamos:

O artigo 1.333 do Código Civil repassou aos condôminos a obrigação de redigir o corpo de normas que deve regular a vida interna dos condomínios, além daquelas já previstas nos artigos 1.332 e 1.334 do mesmo diploma legal. Além das cláusulas obrigatórias, outras podem e devem ser pactuadas, desde que não contrariem dispositivos expressos de lei.

É justamente a convenção condominial a norma que tem o condão de reger o condomínio edilício, sendo esta de cunho obrigatório, nos termos do Código Civil

¹³ FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 13.

brasileiro, devendo, por determinação de seu artigo 1.334, inciso IV, estipular “*as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores*”. A convenção é o estatuto disciplinar do condomínio edilício, cuidando-se de ato com conteúdo normativo, que obriga, inclusive, futuros adquirentes, portanto, não subscritores, tanto quanto ocupantes e visitantes¹⁴. Caio Mário da Silva Pereira¹⁵ afirma que os efeitos da convenção condominial desbordam dos que participaram de sua elaboração ou de sua votação, estendendo-se para além dos que a assinaram e seus sucessores e subrogados, alcançando também pessoas estranhas.

Ocorre que, infelizmente, o que se tem na prática é o uso indiscriminado da “*minuta padrão*”¹⁶, e, obviamente, os textos padrões deixam, e muito, de atender às necessidades peculiares de cada condomínio respectivamente.

Por isso, as convenções condominiais são, na maioria das vezes, imprestáveis como forma de coerção à prática de atos antissociais pelos condôminos. As penas pecuniárias, quando previstas, são insuficientes, e, portanto, inócuas como fator de repressão ao uso antissocial das unidades autônomas.

Ademais, as sanções previstas na convenção condominial têm o condão de simplesmente impedir o mau uso da propriedade, cingindo-se apenas a regras mínimas de comportamento que assegurem o cumprimento das normas de boa vizinhança, sem, contudo, impor pesados gravames ao direito do proprietário.

Em vista do relatado, questiona-se: diante de comportamento antissocial constatado no interior do condomínio edilício, como proceder quando a convenção condominial mostrar-se insuficiente como fator apto a fazer cessar tal comportamento?

O que fazer quando, ainda que a convenção preveja mecanismos inibitórios, aparentemente eficientes em face de condôminos antissociais, mostrarem-se os mesmos, na prática, diante de determinado caso concreto, incapazes para tanto?

¹⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade do condômino nocivo e sanção de expulsão*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Org.). *Responsabilidade Civil*. Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009, p. 106.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 125.

¹⁶ MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 17.

De maneira tímida, conforme veremos no transcorrer da presente dissertação, o artigo 1.337, parágrafo único, do Código Civil, tentou regular a matéria, permitindo que, até posterior deliberação da assembleia, o síndico aplique multa equivalente ao décuplo da contribuição para despesas do condomínio ao condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais habitantes do edifício. Senão vejamos: *“o condômino ou possuidor, que por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia”*.

Trata-se, em verdade, de norma de difícil aplicação, pois a conceituação legal de comportamento antissocial é, por demais, subjetiva e indeterminada.

Teria comportamento antissocial, por exemplo, aquela pessoa pouco comunicativa que, no interior do elevador, deixa de cumprimentar o vizinho ou de saudá-lo com um “bom dia” ou algo do gênero, mesmo sendo, do ponto de vista condominial, um bom condômino?

Ou, então, teria comportamento considerado antissocial aquele condômino que, contrariamente aos demais, deixasse de contribuir com a “caixinha” de natal dos empregados do condomínio?

São indagações cujas respostas, a priori, são de difícil formulação. Para encontrá-las, necessitamos compreender que há três princípios ou regramentos básicos que sustentam nosso Código Civil atual, quais sejam: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. A compreensão de tais princípios mostra-se de vital importância para entender o sentido alcançado, atualmente, por alguns institutos do direito privado, em especial o direito de propriedade, e a função social a ele inerente, pois é exatamente o mau uso da propriedade que taxará determinado comportamento como antissocial, cuja reiteração poderá ensejar severas consequências ao condômino infrator.

Dessa maneira, questiona-se: apurada, em dado caso concreto, conduta reiteradamente antissocial, o que fazer quando a multa prevista no artigo 1.337, parágrafo

único, do Código Civil, mostrar-se insuficiente como fator inibitório de outras condutas do mesmo gênero?

O desenvolvimento da presente dissertação visa justamente encontrar respostas adequadas a tais indagações, o que faremos por meio da construção dos capítulos abaixo.

1. CONDOMÍNIO TRADICIONAL: NOÇÕES INDISPENSÁVEIS

O condomínio edilício conjuga áreas de propriedade exclusiva e áreas de propriedade comum, estas caracterizadoras do condomínio tradicional ou geral. Observamos que é justamente esta conjugação que contribui, e muito, para o surgimento de condutas antissociais, na medida em que um convívio diário e extremamente próximo entre todos os condôminos é exigível pela própria natureza do instituto jurídico.

Portanto, se existe condômino antissocial é porque se faz presente o instituto jurídico do condomínio edilício. E, na medida em que existente o condomínio edilício, além da propriedade exclusiva, faz-se presente o condomínio tradicional nas áreas comuns. Diante do inquestionável elo existente, para a compreensão escoreita do tema objeto desta dissertação, é indispensável tomarmos conhecimento de questões elementares relacionadas ao instituto jurídico do condomínio tradicional ou geral.

1.1. Conceito e a Ideia de Fração Ideal

A propriedade é o direito real que dá ao proprietário a faculdade de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e dispor (*jus disponendi*) da coisa, e reavê-la (*jus perseguendi*) do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (artigo 1.228, caput, do Código Civil).

À propriedade, historicamente, sempre se atribuiu conotação de direito subjetivo quase que absoluto. Contudo, com o desenvolvimento da sociedade e de teorias como a do abuso do direito de propriedade, hoje estampada no parágrafo 2º, do artigo 1.228, do Código Civil, é agora uníssono que a propriedade deve atender a uma função social¹⁷, ou seja, deve também refletir um interesse da coletividade, e não apenas um interesse individual de seu titular.

¹⁷ RENZO, Leonardi. *O Novo Panorama do Condomínio Edilício*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.). *Condomínio Edilício: Aspectos Relevantes. Aplicação do Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 16.

Aliás, a propriedade e sua função social são preceitos constitucionais, consagrados nos incisos XXII e XXIII, do artigo 5º, da Carta Magna. A ideia de propriedade como direito potestativo, portanto, à qual terceiros deveriam submeter-se, fora completamente alijada do pensamento hodierno.

Dessa maneira, a propriedade, “*ao mesmo tempo em que tem a função individual da satisfação de um interesse próprio, particular, ainda tem a função social de atender ao interesse coletivo*”¹⁸.

Pois bem, nas sábias palavras de Washington de Barros Monteiro¹⁹, em obra atualizada pelo mestre Carlos Alberto Dabus Maluf, “*determinado direito pode pertencer a várias pessoas ao mesmo tempo. Tem-se, nesse caso, a comunhão. Se esta recai sobre um direito de propriedade, surge o condomínio ou compropriedade*”. Em resumo, haverá condomínio quando mais de uma pessoa tiver o exercício da propriedade sobre determinado bem.

A ideia de condomínio era fruto de inúmeros problemas para o direito pretérito, já que a noção de propriedade, além de absoluta, era exclusivista: a coisa pertencia a um só *dominus* ou o fenômeno observado não era considerado propriedade²⁰. Lafayette Rodrigues Pereira²¹, no século dezenove, já afirmava que “*sendo um poder essencialmente exclusivo, o domínio não poderia pertencer, ao mesmo tempo, a duas ou mais pessoas, de modo que cada uma dispusesse da coisa por inteiro. Não se poderia conceber domínio contra domínio, pois o domínio de um aniquilaria o do outro*”.

No direito romano, a despeito de reinar a ideia de propriedade individualista, cuja influência de certo modo ainda refletia no Brasil do século dezenove, que não admitia que mais de uma pessoa pudesse exercer direito sobre a mesma coisa, iniciou-se o desenvolvimento da chamada teoria condominial, a fim de explicar fatores eventuais, como

¹⁸ RENZO, Leonardi. *O Novo Panorama do Condomínio Edilício*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.), op. cit., p. 16.

¹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 40. ed. Atualização de Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3, p. 244.

²⁰ RENZO, Leonardi. *O Novo Panorama do Condomínio Edilício*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.), op. cit., p. 16.

²¹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 93.

a sucessão hereditária, que criava o fenômeno do condomínio²². Os cotitulares, por meio de quotas ideais, exerceriam ao mesmo tempo o direito de propriedade sobre a propriedade indivisa. A divisão não é material, mas idealizada.

Em posição antagônica encontrava-se o sistema germânico, que compreendia o condomínio de maneira diversa, “*como comunhão de mão comum, o que significa dizer que cada consorte tinha direito de exercer o domínio sobre a coisa. Não havia nesta comunhão a noção de parte ideal, pois a coisa é objeto de uso e gozo comum*”²³.

Atualmente, a questão não gera maiores polêmicas. A explicação é que nosso direito ancorou-se na concepção romana de condomínio, ou seja, na ideia de fração ideal, embora haja em nosso direito de família um resquício do condomínio germânico, que é a comunhão universal de bens existente entre os cônjuges.

Carlos Alberto Dabus Maluf²⁴ aponta que “*se existe propriedade em condomínio, existe também fração ideal*”. Cada condômino detém uma fração ideal da propriedade, tornando-se proprietário de cada parte e do todo ao mesmo tempo. Portanto, ainda que atuando isoladamente, o condômino poderá exercer os direitos de propriedade na íntegra e não apenas na proporção de sua fração ideal.

Silvio de Salvo Venosa²⁵ aponta que a maior dificuldade está exatamente em conceituar aquilo que traduza a ideia de fração ideal, afirmando não ser esta mera ficção jurídica, de pura abstração. Para o autor, “*cuida-se de expressão do domínio, que é traduzida em expressão de porcentagem ou fração, a fim de que, no âmbito dos vários comunheiros, seja estabelecida a proporção do direito de cada um no título, com reflexos nos direitos e deveres decorrentes do direito de propriedade*”.

²² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 5, p. 316.

²³ RENZO, Leonardi. *O Novo Panorama do Condomínio Edilício*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.), op. cit., p. 17.

²⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos, op. cit., p. 27.

²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 317.

1.2. Uma Reflexão Jurídica Acerca da Fração Ideal em Relação ao Direito de Propriedade: Teorias Explicativas

Pois bem, algumas teorias surgiram com o propósito de tentar explicar a natureza do condomínio, especialmente no que concerne ao exercício do direito de propriedade por cada condômino, em vista da fração ideal de cada um.

Maria Helena Diniz²⁶ aponta a emersão de duas teorias principais, quais sejam: a “Teoria da propriedade integral ou total” e a “Teoria das propriedades plúrimas parciais”. Para a primeira teoria, vislumbra-se no condomínio um só direito, de maneira que cada condômino tem direito à propriedade sobre toda a coisa, sendo que o exercício desse direito é limitado pelos direitos dos demais consortes. Já para a segunda teoria, cada condômino só é dono apenas de sua fração ideal, havendo no condomínio diversas propriedades intelectualmente parciais, cuja reunião é que daria origem ao condomínio.

Washington de Barros Monteiro²⁷, em obra atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, além de citar as teorias acima destacadas, ainda aponta outras concepções que tentam explicar a figura do condomínio, a exemplo da concepção de “pessoa jurídica”, *“em que o condômino não é um titular autônomo, mas concorre para constituir o sujeito do direito e cuja quota representa a expressão numérica de sua contribuição”*.

Não obstante a pluralidade de teorias e concepções elaboradas ao longo do tempo, o atual Código Civil, em seu artigo 1.314, caput, adotou, salvo melhor juízo, a primeira delas, ou seja, a “Teoria da propriedade integral ou total”.

A obviedade é abstraída da própria leitura do artigo. Senão vejamos: *“Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal ou gravá-la”*.

Ora, se pode o condômino exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, podendo usar da coisa, como um todo, inclusive reivindicá-la de terceiro, é

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 4, p. 174.

²⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 245.

porque no condomínio há apenas um só direito, de modo que cada condômino tem direito à propriedade sobre toda a coisa.

Desse modo, o condomínio é “*uma relação de igualdades que se limitam reciprocamente; uma situação de equilíbrio que torna possível a coexistência de direitos iguais sobre a mesma coisa; limitando em cada um o poder de gozo e de disposição desta, tanto quanto exigido por igual direito dos outros*”²⁸.

1.3. Classificação

Perfeitamente demonstrado o apego de nosso direito ao sistema romano de condomínio, constatando a diferença existente entre este sistema e o sistema germânico de condomínio, há outros aspectos do condomínio que necessariamente devem ser apontados para melhor entendimento de sua problemática.

É justamente a coexistência de vários direitos sobre determinado bem imóvel, ou seja, vários sujeitos ativos em relação ao direito de propriedade que é único, que caracteriza o condomínio, na modalidade tradicional, também chamado de geral.

O condomínio tradicional ou geral pode ser classificado da seguinte maneira, segundo prestigiosos juristas²⁹: Primeiramente, quanto à origem, o condomínio classifica-se em voluntário ou convencional, incidente ou eventual, ou, ainda, necessário ou forçado.

É voluntário ou convencional quando a sua origem resultar do acordo de vontade entre os condôminos, ou seja, quando originar da celebração de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, em razão do exercício da autonomia privada³⁰. É nesse momento que as partes estipularão as frações ideais de cada um, sendo que, no silêncio do contrato, por expressa previsão do artigo 1.315, parágrafo único, do Código Civil, presumir-se-ão iguais as partes ideais dos condôminos. Essa modalidade de comunhão é regulamentada pelo Código Civil na Seção I (Do Condomínio Voluntário), do Capítulo VI

²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, p. 7.

²⁹ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 246.

³⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Método, 2008, v. 4, p. 253.

(Do Condomínio Geral), do Título III (Da propriedade), do Livro III da Parte Especial (Do Direito das Coisas).

O condomínio voluntário ou convencional é marcado por traços de transitoriedade, já que a coisa divisível não poderá ficar indivisa por prazo superior a cinco anos, cabível ulterior prorrogação, nos termos do artigo 1.320, parágrafo primeiro, do Código Civil.

Entretanto, há vezes em que a origem da comunhão é resultante de fatores alheios à vontade dos condôminos, a exemplo da herança deixada a vários herdeiros³¹. Nestes casos, diz-se que a comunhão é eventual ou acidental.

Já quando o condomínio tiver por origem imposição da ordem jurídica³², receberá a denominação de necessário ou forçado. Nesses casos, é consequência inevitável do próprio estado de indivisão da coisa, ou seja, é impossível efetuar a divisão do condomínio forçado. O Código Civil regulamenta esta espécie de condomínio na Seção II (Do Condomínio Necessário), do Capítulo VI (Do Condomínio Geral), do Título III (Da propriedade), do Livro III da Parte Especial (Do Direito das Coisas).

Em regra, o condomínio necessário ou forçado tem sua origem nos direitos de vizinhança, tal como nas hipóteses de meação de paredes, cercas, muros e valas, discriminadas no artigo 1.327 do Código Civil³³. Isto porque, ao proprietário é assegurado o direito de tapagem do seu prédio, sendo-lhe lícito constranger seu confinante a proceder, juntamente com ele, a demarcação dos prédios. Realizada a tapagem, muros, paredes ou cercas, presumem-se pertencer a ambos os proprietários confinantes.

Verificamos, ainda, a hipótese de condomínio necessário ou forçado no caso das árvores limítrofes cujo tronco esteja na linha divisória de prédios confinantes, quando se presumirão pertencer em comum aos respectivos proprietários.

³¹ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 246.

³² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Atualização de Carlos Edison Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 182.

³³ Vade Mecum. *Código Civil*. Colaboração Luiz Roberto Curia et al. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233. Artigo 1327: “O condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas regula-se pelo disposto neste Código (arts. 1297 e 1298; 1304 a 1307)”.

Importante destacar que, o condomínio necessário é o verificado no condomínio edilício, em relação ao solo e às partes que se destinam à utilização comum dos condôminos, já que impossível destacá-las da parte exclusiva, sob pena, inclusive, de extinção do próprio instituto jurídico.

Outro aspecto interessante do condomínio, condizente à forma como se apresenta, é ser ele *pro diviso* ou *pro indiviso*. No primeiro aspecto, não obstante haver a comunhão de direito, de fato cada condômino exerce a propriedade sobre parte certa e determinada do bem, ou seja, no condomínio *pro diviso* há mera aparência de condomínio³⁴. Do contrário, quanto ao condomínio *pro indiviso*, existe a comunhão de fato e de direito, onde todos os condôminos exercem a propriedade sobre o bem todo, sob a égide das frações ideais.

Em resumo, enquanto no condomínio *pro diviso* existe evidente delimitação da área em que cada condômino exerce sua posse, no condomínio *pro indiviso* os condôminos exercem seus atos de posse sobre toda a coisa.

Por fim, outro aspecto do condomínio está relacionado quanto a seu objeto, que poderá ser universal ou particular. Haverá condomínio universal quando a comunhão abranger, além da própria coisa, seus frutos e rendimentos. Todavia, será particular quando adstrita a determinada coisa ou efeito.

Consolidados os aspectos do condomínio tradicional, sem os quais, ressalta-se, impossível se mostra o estudo do condomínio edilício, já que umbilicalmente ligados, passemos a enfrentar a temática do condomínio edilício.

³⁴ VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 319.

2. CONDOMÍNIO EDILÍCIO: EXPOSIÇÕES ELEMENTARES

Para uma análise robusta da figura do condômino com reiterado comportamento antissocial é elementar o conhecimento profundo do próprio instituto jurídico do condomínio edilício, na medida em que este é *conditio sine qua non* para a existência daquele, que está inserto em sua própria estrutura.

Vejamos, a partir do transcorrer do presente capítulo, exposições elementares correlacionadas ao condomínio edilício.

2.1. Nomenclatura

O termo “condomínio edilício” é a nomenclatura utilizada atualmente pelo Código Civil, no Capítulo VII, Título III, Livro III, da Parte Especial. Entretanto, o instituto já fora conhecido por “condomínio em edificações”, denominação trazida pela Lei 4.591/64. Há, ainda, inúmeras outras denominações, muito bem colacionadas pelo ilustre mestre Carlos Alberto Dabus Maluf³⁵, sendo elas: “*condomínio em plano horizontal, propriedade horizontal, propriedade em planos horizontais, condomínio sui generis, condomínio por andares ou condomínio em edifícios de andares ou apartamentos pertencentes a proprietários diversos*”.

A denominação “propriedade horizontal”, em um primeiro momento, poderia gerar certa perplexidade, soar imprópria, ao instituto jurídico do condomínio edilício. Poder-se-ia pensar que o correto seria propriedade vertical. Porém, “propriedade horizontal” é termo simplificado de “propriedade em planos horizontais”, ou seja, “*a propriedade exercida em edifícios divididos em planos horizontais*”³⁶, pois as lajes das unidades autônomas estão em paralelo com o solo e com as demais unidades.

³⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos, op. cit., p. 1.

³⁶ LOPES, João Batista. *Condomínio*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 50.

O termo “edilício”, em nosso Direito Civil, sempre consagrou as ações edilícias, utilizadas para reclamação dos vícios redibitórios³⁷ (defeitos encontrados na estrutura de um bem adquirido onerosamente, já existentes no momento da tradição, porém, descobertos ulteriormente). Dentre tais ações, destacam-se: a Ação Redibitória (utilizada para rejeitar o bem); a Ação Estimatória ou *Quanti Minoris* (utilizada para obtenção de abatimento no preço); a Ação *Ex Empto* (utilizada para a complementação de área na venda *ad mensuram* de bem imóvel); e a Ação de Substituição do Produto ou do Serviço (utilizada, notadamente, nas relações de consumo).

Entretanto, o termo “condomínio edilício” fora trazido do direito italiano por Miguel Reale³⁸, que lá, segundo o autor, é utilizado com abundância, tendo origem na expressão do latim *aedilici*, não designando apenas o edil, magistrado que tinha a seu cargo vários serviços urbanos na Roma antiga, mas também suas atribuições, como a de fiscalizar as construções públicas e particulares³⁹.

Apegando-nos à denominação atualmente utilizada pelo Código Civil, regulador da matéria, entendemos por bem, para o desenvolvimento da presente dissertação, adotar o termo “condomínio edilício”, pois, além de mais consentâneo com a lei em vigor, já está devidamente consagrado pelo uso corrente.

2.2. Evolução Histórica

A análise e o aprofundamento do estudo do condomínio edilício impõem, ainda que de maneira perfunctória, abordar a evolução histórica desse instituto. Uma introdução histórica é fundamental para que compreendamos as peculiaridades existentes nesta forma de condomínio.

³⁷ Vade Mecum. *Código Civil*. Colaboração Luiz Roberto Curia et al. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 171. Artigo 441, caput: “A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”; Artigo 442: “Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço”.

³⁸ REALE, Miguel. *Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Código Civil*. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4, p. 220.

Pois bem, há vestígios desta modalidade de condomínio na antiguidade mais remota. Maria Regina Pagetti Moran⁴⁰ afirma que, “*ao pesquisar o direito babilônico, CUQ dá a conhecer um documento originário da antiga Caldéia, ao tempo de IMERUM, rei de Sipar, antes do segundo milênio da era cristã, referente à venda do rés-do-chão de uma casa, onde o andar superior, utilizado como taverna, permanecia propriedade do vendedor*”. Segundo relata, o documento determinava que as paredes do rés-do-chão seriam propriedade do comprador e serviriam de separação entre os dois imóveis.

Pontes de Miranda⁴¹ afirma que a comunhão *pro diviso* do solo que recebeu uma edificação tem por origem o direito grego e grego-egípcio. Fundamenta a afirmação em textos de alguns papiros que citavam a comunhão *pro diviso* em solo edificado, ou em solo não edificado, ou, ainda, atinente a direitos.

Em Roma, há evidências de construção de casas em comum, divididas por andares e entre diferentes proprietários. Tais evidências são constatadas, basicamente, em trechos do Digesto⁴². Porém, João Batista Lopes⁴³ cita que os romanos, em verdade, “*não conheceram a divisão de propriedade com o mesmo caráter do instituto da propriedade horizontal, que, somente surgiu no século XVIII, assim mesmo sem disciplina jurídica precisa*”.

Isto porque, em Roma, a prática do fracionamento horizontal esbarrou em rigorosos princípios do direito então em vigor, que iam de encontro à comunhão sobre o direito de propriedade, como por exemplo: “*condominium mater rixarum*”, “*superfícies solo cedit*” e “*aedificium solo cedit et jus soli sequitur*”.

Por sua vez, o sistema de condomínio atingiu seu ápice na França, em muitas cidades, a exemplo de Orleans, Paris, Nantes e Rennes, tendo como motivo, preleciona Racciatti⁴⁴, um grande incêndio ocorrido em Rennes, nos idos do século dezoito, que

⁴⁰ MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 31.

⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. (reimpressão). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, Tomo XII, p. 1308.

⁴² MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 41.

⁴³ LOPES, João Batista. *Condomínio*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 25.

⁴⁴ RACCIATTI, Hernan. *Propriedad Por Pisos o por Departamentos*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 11.

destruiu mais de oitocentas e cinquenta casas, resultando em inúmeras pessoas desabrigadas.

No Brasil, como se sabe, com seu descobrimento em 1500, deu-se início à história da propriedade imobiliária brasileira, uma vez que todas as terras passaram ao domínio público. Pertencia ao Rei de Portugal toda a posse sobre o território descoberto. A Coroa portuguesa instituiu a propriedade privada por meio das sesmarias, mediante doações, reguladas pelas Ordenações do Reino àqueles que aqui aportavam, estimulando-os dessa forma a ocupar a terra descoberta, embora não lhes transferisse o domínio pleno das Capitanias. Os capitães recebiam da Coroa como patrimônio uma área de dez léguas, chamada sesmaria, isenta de qualquer tributo, e as cinquenta léguas restantes seriam do Reino. Os capitães donatários poderiam doar essas terras a quem pretendesse cultivá-las, sob pena de vê-las retornar à Coroa.

Séculos mais tarde, a aglomeração decorrente das atividades mercantis, na busca da riqueza, fez surgir as primeiras cidades. Segundo Rubens Carmo Elias Filho⁴⁵, os renomados historiadores *“dão conta de que os lucros do açúcar, no século XVII, em Salvador, capital da possessão portuguesa, incentivaram a construção de edifícios oficiais, religiosos e luxuosas residências, na forma de sobrados geminados de três ou quatro pavimentos”*.

Com as primeiras cidades também advieram edificações assobradadas, de maneira a garantir um maior número de abrigo às pessoas, principalmente àquelas que fossem de uma mesma família.

Verificamos nas Ordenações Filipinas indícios de regramento daquilo que hoje se conhece por condomínio edilício, ao constatarmos passagens que regulam a hipótese de a um indivíduo pertencer o sobrado e a outro o sótão, regramento este que, mais tarde, veio a ser inserido por Teixeira de Freitas na Consolidação das Leis Civis, onde o artigo 946 assim se expressava: *“Se uma casa for de dois donos, pertencendo a um as lojas e ao outro o sobrado, não poderá o dono do sobrado fazer janela, ou outra obra, sobre o portal das lojas”*.

⁴⁵ ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *As despesas do condomínio edilício*. São Paulo: RT, 2005, p. 70.

Contudo, a proliferação dos condomínios edilícios no mundo moderno contou com diversos fatores, reconhecendo-se como preponderantes os seguintes: a explosão tecnológica e o crescimento demográfico nos grandes centros urbanos; a necessidade de reconstrução, com melhor aproveitamento do solo, das cidades vítimas dos bombardeios durante a II Grande Guerra; a subsequente crise de moradias nas metrópoles.

Após a grande guerra, a crise de habitações fez desaparecer o equilíbrio entre a oferta e a procura, restringindo-se o número de construções. Assim sendo, surgiu o condomínio edilício como modo de amenizar a situação, encontrando, desde o início, forte aceitação⁴⁶.

Isso porque, ao praticar a divisão do solo em edifícios em planos horizontais, conseguia-se: um melhor aproveitamento do espaço, tornando-o mais barato; tornar mais econômica a edificação, para combater o alto custo de vida; facilitar a obtenção de casa própria; e fixar seus donos nas imediações dos locais de trabalho.

No Brasil, o Código Civil de 1916 ignorou tal instituto, visto que somente regulamentava a propriedade vertical, pois, à época, não se manifestara ainda, de maneira imperiosa, a necessidade sócio-econômica desta espécie de condomínio. Erigidos os primeiros edifícios, foram regidos, de início, pelos usos e costumes, assim como pelas disposições analógicas do condomínio tradicional ou geral⁴⁷.

No entanto, “*o desenvolvimento urbano, a valorização dos terrenos citadinos e a necessidade do aproveitamento de espaço*”⁴⁸ suscitaram cada vez mais a necessidade de instituição do condomínio edilício, com regramentos próprios.

As edificações divididas em unidades autônomas residenciais ou comerciais foram regulamentadas no país, pela primeira vez, através do Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928, modificado pelo Decreto-Lei nº 5.234, de 08 de fevereiro de 1943 e pela Lei nº 285, de 05 de junho de 1948.

⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 277.

⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 278.

⁴⁸ RENZO, Leonardi. *O Novo Panorama do Condomínio Edilício*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.), op. cit., p. 20.

O Decreto nº 5.481 de 1928 teve sua importância histórica, pois, além de ser o primeiro regramento jurídico do instituto do condomínio edilício no Brasil, representou um início na tentativa de solucionar possíveis conflitos oriundos da vida em condomínio.

No entanto, João Batista Lopes⁴⁹ muito bem observa que, “*sob influência das legislações de outros países e sob pressão dos fatos*”, o referido Decreto disciplinou de maneira muito tímida a matéria, apontando apenas a diferença entre partes comuns e exclusivas, dispondo sobre a administração do imóvel e a participação nas despesas, prescrevendo, ainda, a proibição de alteração da forma externa da fachada.

Com o crescimento da atividade empresária da incorporação, exigia-se, mais do que nunca, uma regulamentação específica, não somente para aperfeiçoar o instituto jurídico do condomínio edilício, mas, também, para brecar os abusos advindos dos negócios da construção e definir os direitos e deveres dos incorporadores.

Desta feita, Caio Mário da Silva Pereira recebeu o encargo de elaborar projeto a respeito do Condomínio e Incorporações, que veio, ao final, converter-se na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964⁵⁰, a qual sofreu algumas alterações trazidas pela Lei nº 4.864, de 1965. Com a promulgação desta lei, o condomínio edilício passou a ser adequadamente regulamentado, através dos artigos 1º a 27, ficando o ordenamento jurídico brasileiro, enfim, guarnecido do que se convencionou chamar de “Lei de Condomínios e Incorporações”.

Em seus artigos 1º a 27, a Lei nº 4.591, de 1964, trouxe disposições sobre o condomínio em edificações, convenção do condomínio, despesas do condomínio, seguro, incêndio, demolição e reconstrução obrigatória do condomínio, utilização da edificação ou do conjunto de edificações, administração do condomínio e assembleia geral.

Silvio de Salvo Venosa⁵¹ afirmou, a nosso ver com toda razão, que a Lei de Condomínios e Incorporações, “*se na época se mostrou como diploma legal avançado, na atualidade e há muito já estava a exigir nova reforma legislativa, mormente para*

⁴⁹ LOPES, João Batista. *Condomínio*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 26.

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 1. ed. universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1990, n. 319, v. 4. p. 138.

⁵¹ VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 336.

preencher lacunas atinentes a novos fenômenos dentro do próprio condomínio que regula”.

Nessa linha, justamente procurando preencher tais lacunas e visando um aperfeiçoamento da matéria, que está em constante mutação, é que o vigente Código Civil, instituído pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passou a reger a matéria relativa ao instituto jurídico do condomínio edilício, o que fez através dos artigos 1.331 a 1.358, importando, assim, na revogação tácita do título I da Lei 4.591, de 1964.

A incorporação dos condomínios permanece regulamentada pela Lei 4.591, de 1964, pois o título II da indigitada lei, que trata do assunto, não fora revogado pela entrada em vigor do atual Código Civil.

O condomínio edilício encontra-se regrado, portanto, no Código Civil, mais precisamente, às Seções I, II e III, do Capítulo VII (Do Condomínio Edilício), do Título III (Da propriedade), do Livro III da Parte Especial (Do Direito das Coisas), com disposições gerais e referentes à administração do condomínio e sua extinção.

Hoje, diante da importância que cada vez mais se confere ao condomínio edilício, propagando-se por todos os lados, atingindo milhares, quando não, milhões de pessoas, a depender da extensão territorial da cidade, já encontramos manifestações no sentido de que o Código Civil já não é mais o melhor dispositivo para abordar e regulamentar matéria tão peculiar como a do condomínio edilício, reivindicando-se um estatuto ou microssistema⁵², que permitiria reger, de maneira pormenorizada, este complexo instituto jurídico, essencial no mundo atual.

2.3. Características

Pois bem, o condomínio edilício, regulamentado como está pelo Código Civil, estabelece a propriedade exclusiva, pois, cada uma das unidades autônomas poderá pertencer a um proprietário diferente, chamado de condômino, ao lado da propriedade

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 336.

comum, que não poderá ser objeto de divisão, a exemplo das áreas comuns do condomínio, tais como o terreno, alicerces, áreas de serviço, elevadores, enfim, tudo aquilo “*que se torna indispensável à coesão orgânica de um conjunto econômico-jurídico*”⁵³.

No condomínio edilício, portanto, por expressa previsão legal do artigo 1.331, caput, do Código Civil⁵⁴, há partes que se configuram em propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos.

Essa modalidade de condomínio, segundo Maria Helena Diniz, caracteriza-se juridicamente pela justaposição de propriedades distintas e exclusivas ao lado do condomínio de partes do edifício, forçosamente comuns⁵⁵.

Na irretocável lição de Carlos Alberto Dabus Maluf⁵⁶, forma-se um complexo eclético, conjugando e convivendo duas ordens distintas de direitos, sendo uma, de propriedade plena e exclusiva, e outra, de condomínio permanente e indivisível. Dessa maneira, o condomínio edilício é uma estrutura simbiótica entre propriedade exclusiva e propriedade comum.

O condomínio das áreas comuns caracteriza-se como necessário ou forçado porque seria impossível a conservação útil do complexo jurídico e inconcebível a fruição da parte exclusiva de cada condômino sem a perpetuidade de tal estado⁵⁷.

O parágrafo primeiro do citado artigo 1.331 do Código Civil assegura que as partes do condomínio suscetíveis de utilização independente sujeitam-se à propriedade exclusiva, elencando as seguintes: “*apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns*”. Tais partes podem ser livremente alienadas e gravadas de ônus real por seus proprietários, independente de autorização dos demais condôminos e de lhes possibilitar o exercício do direito de preferência. Exceção se faz aos abrigos para veículos, que com a promulgação da

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 77.

⁵⁴ Vade Mecum. *Código Civil*. Colaboração Luiz Roberto Curia et al. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234. Artigo 1.331, caput: “*Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos*”.

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 4, p. 189.

⁵⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos, op. cit., p. 36.

⁵⁷ RENZO, Leonardi. *O Novo Panorama do Condomínio Edilício*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.), op. cit., p. 19.

recentíssima Lei 12.607/12, alterando referido parágrafo, não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio.

Já o parágrafo segundo do mesmo artigo 1.331 elenca as partes do condomínio que devem ser utilizadas em comum pelos condôminos, as quais não podem ser alienadas separadamente, ou, ainda, divididas. São as seguintes: “*o solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público*”.

Importante ressaltar que o rol das partes exclusivas, assim como o rol das partes comuns, trazidos, respectivamente, nos parágrafos primeiro e segundo, do artigo 1.331, do Código Civil, são meramente exemplificativos, sendo que, tudo que não constituir objeto de propriedade exclusiva, aqui entendida como “*aquela cujo uso, gozo e disposição não dependam de nenhum outro condômino*”⁵⁸, pertencerá, em condomínio, aos proprietários das unidades autônomas, que poderão livremente usá-las, respeitando, sempre, as suas destinações e não prejudicando o estado de comunhão. Veja-se, portanto, que a propriedade comum é identificada de maneira residual, já que se constitui de todas as áreas que não integram a propriedade exclusiva.

O proprietário de parte exclusiva no condomínio edilício, a despeito de seu direito de propriedade ser o mais amplo possível, assim como na propriedade em geral, tem o exercício desse direito mitigado, não só “*pelas obrigações especiais que decorrem de possuí-lo num edifício com outras unidades autônomas*”⁵⁹, devendo ser observadas as regras consagradas na convenção condominial, mas também pela função social da propriedade, não podendo, em hipótese alguma, abusar do seu direito de propriedade, sob pena de cometimento de ato ilícito, sujeitando-se às infrações e consequências legais cabíveis, conforme veremos em capítulo próprio.

Configura-se o condomínio edilício, portanto, pela existência de partes de utilização exclusiva e partes de utilização comum, “*formando um todo indissolúvel*,

⁵⁸ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 282.

⁵⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos, op. cit., p. 37.

inseparável e unitário”⁶⁰. Na linha de Caio Mário da Silva Pereira⁶¹, o condomínio edilício “*não é apenas uma propriedade mista, em que o domínio exclusivo vive ao lado do condomínio, mas sim uma fusão de direitos e uma criação de conceito distinto, pela qual o mesmo sujeito é simultaneamente titular de uma propriedade e de uma copropriedade*”.

A compreensão de que o condomínio edilício configura-se, necessariamente, pela conjugação da propriedade exclusiva com a propriedade comum, de forma indissolúvel, é ponto crucial. Senão vejamos:

O condomínio edilício é instituído por ato *inter vivos* ou testamento, registrado junto ao Oficial de Registro de Imóveis do lugar de sua situação (artigo 1.332, caput, do Código Civil). Ocorre que, não raras vezes, o Conselho Superior da Magistratura, órgão que delibera em última instância sobre Registros Públicos no Estado de São Paulo, já teve que impedir certas instituições condominiais por lhes faltarem requisitos indispensáveis à caracterização do instituto, mormente nos casos de condomínio vertical⁶².

⁶⁰ Idem. Ibidem, p. 10.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 92.

⁶² Acórdão proferido nos autos de Apelação Cível n. 788-6/7, de Cubatão, São Paulo, em que é apelante Mario de Paula Nascente e apelado o Oficial de Registro de Imóveis de Cubatão, publicado no D.J.E. de 06/08/2008. Vejamos trechos da decisão: “REGISTRO DE IMÓVEIS - Dúvida inversa julgada procedente - Registro de instituição de condomínio edilício - Terreno dividido em duas partes, sendo cada uma dotada de casa com acesso direto para a via pública - Inexistência de áreas efetivamente comuns - Ausência dos elementos que caracterizam o condomínio edilício - Recurso não provido. O recorrente pretende promover o registro da instituição de condomínio edilício na matrícula nº 8.098 do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca de Cubatão, relativa ao lote 09 da quadra AY do loteamento Vale Verde...O registro da instituição do condomínio foi recusado pelo Oficial de Registro de Imóveis porque o exemplar do contrato padrão de compromisso de compra e venda arquivado com o registro do loteamento veda o desmembramento dos lotes e porque estão ausentes os requisitos legais para a caracterização do condomínio edilício...Não há dúvida sobre a possibilidade de constituição de condomínio edilício em terreno dotado de unidades autônomas consistentes em casas térreas ou casa assobradada, porque o rol contido no artigo 1.331 do Código Civil de 2002 não é exaustivo...Além disso, não há, em tese, impedimento para que determinado condomínio tenha como unidades autônomas casas geminadas, constituindo cada casa uma unidade, desde que presentes os requisitos legais para sua caracterização...Pode-se, de forma meramente exemplificativa, citar condomínio edilício constituído em terreno dotado de, digamos, oito casas geminadas situadas de um lado e cinco casas geminadas situadas do outro lado de via interna que constitui área de propriedade comum e que serve, tanto para a circulação de pessoas e veículos, como para o acesso dos condôminos à via pública...Isso, contudo, não significa que qualquer terreno que contenha casas geminadas comporte a instituição de condomínio edilício, uma vez que nesta espécie de condomínio devem estar presentes as características que o distinguem do imóvel loteado ou desmembrado...Essas características consistem na efetiva vinculação entre o terreno e as construções que constituem as unidades autônomas e na co-existência de partes de propriedade exclusiva, que podem ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, e outras partes que são de propriedade comum dos condôminos e que não podem ser alienadas separadamente ou divididas...No presente caso, entretanto, a planta e o instrumento de instituição do condomínio que se encontram às fls. 11/16 e 27 permitem verificar, com clareza, que o recorrente construiu no lote de que é proprietário duas casas geminadas, que se ligam unicamente por uma parede divisória comum...Conforme a referida planta, o lote de propriedade do recorrente será dividido em duas partes, cada uma contendo, em sua totalidade, uma das casas geminadas, excetuada como de uso efetivamente comum a única parede que as divide e que está prevista na

Isto porque, apesar de não haver impedimento legal para que determinado condomínio tenha como unidades autônomas casas geminadas (condomínio vertical ou vila de casas), entendimento este já devidamente assentado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁶³, isso não significa que qualquer terreno que contenha casas geminadas comporte a instituição de condomínio edilício, uma vez que nesta espécie de condomínio também devem estar presentes as características que o distinguem das demais, ou seja, propriedade exclusiva e propriedade comum.

Muitas vezes, cada casa geminada tem acesso direto à via pública, inexistindo via comum de circulação, ou, segundo Carlos Alberto Dabus Maluf⁶⁴, sem a instituição de uma servidão de passagem, contrariando, desse modo, o disposto no parágrafo 4º, do artigo 1.331, do Código Civil. E mais, há ocasiões em que cada casa ocupa isoladamente uma metade do terreno, caracterizando desdobro do lote, com a finalidade obscura, em alguns casos, de burlar a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766, de 1979), bem como restrições impostas a loteamentos, através da instituição de condomínio.

planta de fls. 27 para prosseguir na forma de muro e dividir em dois o restante do terreno não ocupado por construção...Da planta e do instrumento de instituição do condomínio não decorre a real existência de outras partes de propriedade e de uso comum, exceto no que se refere à ligação ao tronco público de eletricidade, telefone, água e esgoto, o que pode ser modificado a qualquer tempo porque em razão da natureza do terreno e da construção realizada nada impede que cada uma das casas se ligue, isoladamente, às redes de serviços públicos...Esse fato fez com que no instrumento de instituição do condomínio fosse atribuído para a área de propriedade comum dos condôminos o total de 1,35 m² (fls. 12), o que, como bem anotou o MM. Juiz Corregedor Permanente, revela a ausência dos elementos que caracterizam o condomínio edilício...Além disso, a planta e o instrumento de instituição do condomínio mostram que cada uma das casas geminadas tem acesso direto à via pública, sem, portanto, a existência de via comum de circulação, e também mostram que cada casa ocupa isoladamente uma metade do terreno que, de fato, foi desdobrado em duas partes...Trata-se, desse modo, de desdobro de lote com formação do condomínio necessário a que se referem os artigos 1.327 a 1.330 do Código Civil de 2002, hipótese que não caracteriza o condomínio edilício conforme previsto no artigo 5º da Lei nº 4.591/64, que tem o seguinte teor: O condomínio por meação de parede, soalhos, e tetos de unidades isoladas, regular-se-á pelo disposto no Código Civil, no que lhe for aplicável...Neste caso concreto, portanto, estão ausentes os elementos indispensáveis para a caracterização do condomínio edilício, previstos em normas de natureza cogente, razão pela qual mostra-se correta a recusa do registro efetuada pela Sra. Oficial de Registro de Imóveis e confirmada na r. sentença apelada...Por fim, ficou incontroverso que em razão de restrição convencional imposta com o registro do loteamento não é possível o desdobro do lote de propriedade do recorrente, com o que prevalece o reconhecimento, contido na r. sentença apelada, no sentido de que a instituição do condomínio edilício, neste caso concreto, se destina, de forma imprópria, a contornar tal vedação...Ante o exposto, nego provimento ao recurso...(a) RUY CAMILO, Corregedor Geral da Justiça e Relator”.

⁶³ Recurso Especial 1902-RJ, com a seguinte ementa: “Condomínio horizontal. Vila de casas, servidas por rua particular. O conjunto de casas de vila, com acesso por rua particular, embora existente desde muitos anos anteriormente à Lei 4.591/64, pode regularizar sua situação e se organizar em condomínio horizontal...Validade da convenção de condomínio e de seu registro imobiliário”.

⁶⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos, op. cit., p. 44.

Em casos tais, configura-se, em verdade, o condomínio necessário de meação de parede, hipótese que, de forma alguma, caracteriza o condomínio edilício, restando, portanto, irreparável o posicionamento jurisprudencial.

Desta feita, as características atinentes ao condomínio edilício, que consistem na coexistência de partes de propriedade exclusiva, que podem ser gravadas e alienadas livremente por seus proprietários, e partes de propriedade comum dos condôminos, que não podem ser alienadas em separado, ou ainda, divididas, devem estar presentes sempre, sem exceção, seja qual for a modalidade de construção, horizontal ou vertical, formando, assim, uma massa condominial.

2.4. Natureza Jurídica

A delimitação da natureza jurídica do condomínio edilício sempre foi tema dos mais controvertidos e intrigantes, diante de tantas peculiaridades que o cercam. Washington de Barros Monteiro⁶⁵ aponta algumas teorias elaboradas na tentativa de elucidação: a Teoria Acéfala, que não reconhece a existência de verdadeira propriedade no condomínio edilício; Teoria da Servidão; Teoria do Direito de Superfície; Teoria da Pessoa Coletiva ou Jurídica, oriunda da agregação dos diversos proprietários, a qual deu azo à Teoria da Sociedade ou Associação de Fato; e Teoria da Comunidade de Direito, de que são titulares várias pessoas, incidindo sobre o mesmo objeto.

João Batista Lopes⁶⁶ traz, ainda, outras delas, quais sejam: Teoria da Comunhão de Bens; Teoria da Sociedade Imobiliária; Teoria da Propriedade Solidária; e Teoria da Universalidade de Fato e de Direito: Personalização do Patrimônio Comum.

Entretanto, parece-nos irretocável a posição doutrinária que se inclina no sentido de que a natureza jurídica do condomínio edilício é de ente despersonalizado, ou seja, desprovido de personalidade jurídica.

⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 279.

⁶⁶ LOPES, João Batista. *Condomínio*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 52-57.

Ora, sob o prisma subjetivo, não nos resta dúvida de que o condomínio edilício é ente despersonalizado, faltando-lhe o atributo da personalidade jurídica, o que lhe impossibilita, em regra, de adjudicar unidade autônoma condominial, já que “*despido de personalidade jurídica, o condomínio não poderia adquirir bens imóveis em nome próprio, negando-se-lhe o registro de eventual título assim constituído*”⁶⁷.

2.5. Personalidade Jurídica

Sabe-se que a personalidade jurídica é atributo essencial para ser sujeito de direito, além de conferir proteção jurídica fundamental (direitos da personalidade), ou seja, ser pessoa é ter personalidade jurídica e, quem a tem, também terá a proteção aos direitos da personalidade. Os direitos da personalidade se apresentam como a justificativa da personalidade jurídica⁶⁸.

O artigo 1º do Código Civil assegura que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. A personalidade jurídica é, portanto, uma aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, além de seus titulares receberem proteção jurídica fundamental advinda dos direitos da personalidade. A personalidade jurídica da pessoa humana, portanto, deriva única e exclusivamente do direito.

Dessa maneira, pode este mesmo direito atribuir personalidade jurídica a outros entes, diversos da pessoa humana, sempre que se mostrar necessário para a satisfação de interesses humanos.

A chamada Teoria da Realidade Técnica ou Jurídica⁶⁹, que afirma que a ideia de personalidade jurídica, ou seja, de sujeito de direito, é noção atinente à ciência jurídica,

⁶⁷ GIACOIA, Egidio Jorge. *Arrematação ou Adjudicação pelo Condomínio da Unidade Autônoma Penhorada em Execução de Débito Condominial*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.). *Condomínio Edilício: Aspectos Relevantes. Aplicação do Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 336.

⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 1, p. 98.

⁶⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 125.

prevê que a concessão de personalidade a entes que não sejam pessoa humana é mera opção do legislador.

E, nessa vereda, a despeito de possuir inscrição no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), por previsão de instrução normativa da Secretaria da Receita Federal, optou o legislador brasileiro em não atribuir personalidade jurídica ao condomínio edilício, embora lhe tenha atribuído capacidade processual (artigo 12, inciso IX, Código de Processo Civil). A omissão legislativa é verificada tanto na Lei 4.591, de 1964, revogada em sua primeira parte, como no novel Código Civil, já que, nem em seu artigo 44 o condomínio edilício fora incluído como pessoa jurídica de direito privado, nem em qualquer outro dispositivo legal do mesmo diploma.

Carlos Alberto Dabus Maluf⁷⁰, enfaticamente e em tom de crítica, aponta que o condomínio edilício continuará a ser uma quase-pessoa, pois a nova lei civil perdeu a oportunidade de lhe dar personalidade jurídica, *“tão necessária a esse instituto, que dela precisa para poder interagir com maior desenvoltura no mundo jurídico, principalmente no que tange à aquisição de bens imóveis que se possam incorporar ao prédio já existente”*.

Silvio de Salvo Venosa⁷¹, diferentemente, não obstante concluir pela inexistência da personalidade jurídica no condomínio edilício, aponta que o mesmo detém uma personificação anômala, ou personalidade restrita, já que, no mundo negocial, age tal qual uma pessoa jurídica. Ademais, acrescenta que a realidade não admite outra solução diversa dessa, assegurando, portanto, que o condomínio tem existência formal. Assim sendo, entende que não há impedimento a que o condomínio edilício seja titular de unidade autônoma em seu próprio edifício.

Em interpretação contrária, Flávio Tartuce e José Fernando Simão⁷², ainda que a lei expressamente não haja atribuído personalidade jurídica ao condomínio edilício, aceitam a tese de que é pessoa jurídica de direito privado, invocando, para tanto, a não taxatividade do rol do artigo 44 do Código Civil, assim como o entendimento insculpido

⁷⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos, op. cit., p. 12.

⁷¹ VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 317.

⁷² TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Método, 2008, v. 4, p. 277.

nos Enunciados 90⁷³ e 246⁷⁴, aprovados, respectivamente, nas I e III Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, reconhecendo, portanto, personalidade jurídica ao condomínio edilício. Os enunciados, apesar de não serem súmulas, são postulados de doutrina.

A enorme discussão funda-se, principalmente, na possibilidade ou não do condomínio edilício figurar como adquirente de direito real de propriedade, visto que, em que pese louváveis posicionamentos em contrário, se despido do atributo da personalidade jurídica, impossível que apareça como sujeito de direito.

Dessa maneira, não temos dúvida em afirmar que o condomínio edilício está despido do atributo da personalidade jurídica, sendo-lhe vedado, conseqüentemente, adquirir unidades autônomas que o integrem. Adotamos, para tanto, os reiterados posicionamentos do Conselho Superior da Magistratura⁷⁵ do Estado de São Paulo, que tem firme posicionamento legalista nesse sentido, apontando que, não obstante o agrupamento dos interesses dos condôminos, não se forma um ente dotado de personalidade jurídica, não tendo o condomínio edilício, portanto, capacidade para adquirir propriedade imóvel.

Destarte, o referido Conselho afirma que subsiste previsão legal apenas quanto à capacidade de agir o condomínio edilício em juízo e de administração, institutos esses criados apenas para viabilizar a defesa dos interesses comuns dos condôminos, mas que não lhe atribuem personalidade jurídica para ser titular de domínio de coisa imóvel.

Por fim, o aludido Conselho sustenta que, mesmo considerando os avanços sociais e do direito, no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto não sobrevier legislação que disponha de maneira contrária, mantém-se a regra de que o condomínio edilício não ostenta personalidade jurídica, não tendo como criar interpretação diversa.

⁷³ “*Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse. A parte final do enunciado foi suprimida pelo enunciado 246, da III Jornada*”.

⁷⁴ “*Fica alterado o enunciado 90, com supressão da parte final: “nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”. Prevalece o texto: “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício”*”.

⁷⁵ Apelação Cível n. 469-6/1, de Jundiaí, em que é apelante o Condomínio Paineiras Center, e apelado o 1º Oficial de Registro de Imóveis, publicado no D.J.E. de 15/03/2006.

Tal posicionamento sempre fora objeto de severas críticas na doutrina, a exemplo de Carlos Alberto Dabus Maluf⁷⁶, para quem *“é de causar espécie a impossibilidade de se lavrar escritura de aquisição e fazer seu registro em nome do condomínio. Os Registros Públicos deveriam facilitar o acesso dos títulos, e não dificultá-los”*.

Na mesma linha, Silvio de Salvo Venosa⁷⁷ assegura que *“atenta contra a realidade do ordenamento o cartório imobiliário, ou pior, a respectiva corregedoria, que, por exemplo, recusa-se a transcrever unidade autônoma em nome do condomínio”*.

Em determinados casos, a crítica doutrinária procede, pois poderia haver verdadeira injustiça, a exemplo de parcelas devidas por condômino inadimplente, visto que poderia o condomínio edilício, após longo e custoso embate judicial, caso não houvesse arrematação em hasta pública da unidade autônoma ensejadora do débito, ver-se em total desamparo legal e financeiro, já que, estaria impedido de adjudicá-la, tampouco teria seu caixa recomposto, essencial para sua própria manutenção.

Desta feita, a nosso ver de forma irretocável, o Egrégio Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo passou a admitir, em certos casos, e desde que preenchidos certos requisitos, a aquisição da unidade autônoma pelo condomínio, em hasta pública, sem que, no entanto, seja reconhecida a existência de personalidade jurídica que, de fato, não possui⁷⁸.

⁷⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos, op. cit., p. 14.

⁷⁷ VENOSA, Silvio de Salvo, op. cit., p. 338.

⁷⁸ Acórdão proferido nos autos de Apelação Cível n. 880-6/7, de São Paulo, Capital, em que é apelante o Condomínio Edifício Alvorada e apelado o 9ª Oficial de Registro de Imóveis da Capital, publicado no D.J.E. de 25-11-2008. Vejamos trechos da decisão: “Com efeito, este Conselho Superior da Magistratura já firmou entendimento no sentido de que o condomínio, diversamente do sustentado pelo Recorrente, não tem personalidade jurídica. Como consequência, não se tem admitido possa o condomínio adquirir propriedade imóvel. Trata-se, no tema, de regra geral, a qual, porém, comporta duas exceções, de interpretação estrita. A primeira delas está prevista no art. 63, § 3º, da Lei n. 4.591/1964, em que se afigura possível a aquisição de imóvel pelo condomínio diante da inadimplência do adquirente no pagamento do preço da construção. A segunda corresponde à hipótese de aquisição, em hasta pública, de unidade autônoma pelo condomínio, como forma de satisfazer o crédito decorrente do não pagamento, pelo condômino, das despesas condominiais, por força da aplicação analógica do disposto no referido art. 63, § 3º, da Lei n. 4.591/1964... A questão controvertida refere-se à possibilidade de adquirir o condomínio edilício direitos reais sobre imóveis. O condomínio edilício possui uma série de peculiaridades, dentre as quais a coexistência da co-propriedade das áreas comuns e a propriedade exclusiva de cada unidade autônoma, a existência de convenção para administrar os interesses comuns, a instituição de assembleia como órgão deliberativo e eleição de síndico administrador. Além disso, existe fusão de interesses dos titulares de direitos reais, que os torna indissociáveis...Mas a despeito do agrupamento dos interesses dos condôminos, não se forma um ente dotado de personalidade jurídica, não tendo o condomínio, portanto, capacidade para adquirir propriedade imóvel.

O recente posicionamento jurisprudencial, se por um lado passou a admitir em alguns casos a aquisição de unidade autônoma pelo condomínio edilício, manteve o entendimento contrário à personalidade jurídica desse instituto, frustrando, sobremaneira, a parcela da doutrina que defende a existência da personalidade e, portanto, por exemplo, a aquisição irrestrita de propriedade imóvel pelo condomínio.

Ante os argumentos trazidos, ratificamos, mais uma vez, o entendimento pelo qual o condomínio edilício não é dotado de personalidade jurídica, por falta de expressa previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, o que não lhe retira, contudo, em casos excepcionais, a possibilidade de figurar como adquirente de unidade imobiliária de seu próprio edifício.

A falta do atributo da personalidade jurídica, no entanto, não exclui a possibilidade de o condomínio edilício tomar as medidas legais em face do condômino com reiterado comportamento antissocial, muito menos a possibilidade de demandá-lo em juízo, já que a lei lhe conferiu capacidade processual, nos termos do inciso IX, do artigo 12, do Código de Processo Civil, sendo representado, ativa e passivamente, em juízo e fora dele, pelo síndico, a quem compete a prática de atos necessários à defesa dos interesses comuns do condomínio edilício (artigo 1.348, inciso II, do Código Civil).

Em que pese haver respeitável entendimento em sentido contrário, o Egrégio Conselho Superior da Magistratura tem reiteradamente entendido que o condomínio não tem personalidade jurídica...O novo Código Civil não inovou a matéria. Subsiste previsão legal apenas quanto à capacidade de agir o condomínio em juízo e de administração, institutos criados para viabilizar a defesa dos interesses comuns dos condôminos e que não lhe atribuem personalidade jurídica para ser titular de domínio de coisa imóvel. Exceção, entretanto, é feita na hipótese do artigo 63, parágrafo 3º, da Lei nº 4.591/64, o qual possibilita a aquisição de imóvel pelo condomínio diante da inadimplência do adquirente no pagamento do preço da construção. Mesmo nesse caso, porém, a lei não reconhece personalidade jurídica ao condomínio. Justamente por se tratar de exceção é que foi expressamente regulamentada. Mesmo considerados os avanços sociais e do direito, no nosso ordenamento jurídico mantém-se a regra de que o condomínio não ostenta personalidade jurídica e sem nova legislação que disponha de forma contrária não há como criar interpretação diversa. Ocorre que não são poucas as ocasiões em que o condomínio se vê impedido de cobrar as despesas tidas com a sua própria manutenção, uma vez que não lhe é permitido arrematar ou adjudicar imóvel penhorado por dívida do condômino. Para solucionar tal problema, a jurisprudência tem admitido a aquisição da unidade autônoma pelo condomínio, em praça pública, sem que seja reconhecida a existência de personalidade jurídica que, de fato, não possui...Outra ressalva, ainda, deve ser feita. Justamente porque o condomínio não é um ente com personalidade jurídica própria, em que pese o agrupamento dos interesses dos condôminos, para que a arrematação ou adjudicação seja possível é necessário que a aquisição conte com a anuência dos condôminos, por decisão unânime de assembléia geral para este fim convocada e em que, para essa finalidade específica, não terá voto o proprietário da unidade autônoma que gerou as despesas condominiais objeto da execução em que foi a mesma unidade arrematada ou adjudicada...”.

Ao síndico, portanto, incumbe a tarefa de representar a massa condominial, agindo, sempre, em nome alheio. O síndico é, dessa maneira, “*o órgão administrativo mais importante do condomínio, uma vez que ele atua em caráter permanente na administração do edifício*”⁷⁹, por prazo não superior a dois anos, o qual poderá renovar-se, sendo escolhido por eleição realizada em assembleia geral dos condôminos.

⁷⁹ FRANCO, J. Nascimento, op. cit., p. 25.

3. O REGIME JURÍDICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Uma perfeita compreensão do atual regime jurídico do direito de propriedade é altamente indispensável para o enfrentamento da temática do condômino com reiterado comportamento antissocial, na medida em que tem atualmente a função social como componente bastante de sua própria estrutura, mostrando-se, portanto, pilar fundamental para embasar medidas coercitivas drásticas em face do condômino nocivo.

3.1. O Significado do Termo “Propriedade”

Antes de adentrar no estudo de determinada ciência, em especial da ciência jurídica, faz-se necessário identificar o alcance do vocábulo daquilo que se propõe a estudar. É muito comum, ao se estudar a ciência jurídica, que se cometam equívocos no tocante aos termos técnicos que estão sendo tratados. Consequentemente, há inúmeros problemas jurídicos que têm sua origem no respectivo equívoco de qualificação do fato apresentado para análise, ou seja, por mais das vezes, denomina-se erroneamente um fato como se outro fosse. Portanto, a técnica da interpretação jurídica demanda, também, conhecimento do sentido científico da linguagem.

Ora, em se tratando do “direito de propriedade”, é preciso verificar quais as possibilidades de significado que o termo “propriedade” traz à realidade social, ou seja, é preciso esclarecer os sentidos da palavra “propriedade”. De imediato, pode-se afirmar que o estudo da propriedade pressupõe a vida em sociedade.

Na busca de uma definição para o termo “propriedade”, é necessário entender que se procura traçar “*os seus limites de compreensão*” e buscar “*a maior exatidão possível entre a estrutura conceitual a ela subjacente e a fenomenologia jurídica designada em consequência*”⁸⁰.

⁸⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 149.

Faz-se necessário, a partir do presente momento, verificar quais as acepções que o termo “propriedade” pode apresentar, muito bem colacionadas por Luciano de Camargo Penteado⁸¹, já que no transcorrer do desenvolvimento da presente dissertação constatamos o emprego do vocábulo “propriedade” em seus mais variados aspectos, o que possibilitará ao leitor maior compreensão do texto.

O primeiro sentido do termo “propriedade” é a titularidade de situações jurídicas subjetivas, ou seja, é a ideia de pertinência de um direito a um determinado sujeito. Esta ideia de propriedade está claramente presente na parte geral do código civil, que estabelece relações entre “pessoas” (Livro I – Das Pessoas) e “bens” (Livro II – Dos Bens) a partir de “fatos” (Livro III – Dos Fatos Jurídicos). Ora, a propriedade é empregada como sinônimo de tudo que pertence ao sujeito, em maior ou menor grau de exclusividade, ou seja, propriedade é algo que pertence à pessoa, demonstrando o caráter absoluto ou exclusivo de um direito.

Este primeiro sentido do termo “propriedade” pode ser constatado na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, que se seguiu à Revolução Francesa⁸², conforme será visto neste mesmo capítulo, mais abaixo. Logo após o direito de liberdade, eis que surge a propriedade, emergindo, sobretudo, como um direito a ter direitos.

Deste primeiro sentido de “propriedade” derivam outras acepções do respectivo termo, quais sejam: direito de propriedade designando qualquer direito patrimonial (ou seja, qualquer direito que tenha conteúdo econômico), qualquer direito real (ou situação fática com eficácia real) ou autoral (objetos de criação intelectual), e o domínio (ou seja, a propriedade como direito real). Portanto, conforme se constata, tais sentidos estão atrelados à noção de titulação.

A palavra “propriedade” pode, ainda, trazer a ideia de coisa. Este sentido é percebido nos artigos 1.331⁸³ e 1.339⁸⁴ do Código Civil, que tratam do regramento jurídico

⁸¹ Idem. Ibidem, p. 146.

⁸² PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 155.

⁸³ Vade Mecum. *Código Civil*. Colaboração Luiz Roberto Curia et al. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234. Artigo 1.331, caput: “Pode haver, em edificações, partes que são **propriedade exclusiva**, e partes que são **propriedade comum dos condôminos**” (grifo nosso).

do condomínio edilício. Em casos tais, o termo propriedade é empregado para denominar a unidade autônoma do condomínio edilício, como coisa imóvel que é.

Não se olvida que a diferenciação do vocábulo “propriedade”, acima exposto, tem cunho estritamente teórico. Ocorre que, a distinção dos termos é extremamente relevante. Ora, *“ao não saber identificar, na lei, doutrina e jurisprudência, qual das acepções está por trás da voz propriedade, o intérprete pode cometer equívocos imperdoáveis, quer grosseiros, quer sutis, como julgar ser constitutivo um ato registrário de direito patrimonial não real, ou mesmo estender obrigações exclusivas do domínio ao titular de direito real limitado”*⁸⁵.

3.2. Escorço Histórico

Pois bem, o enfrentamento da questão do condômino com reiterado comportamento antissocial, matéria intimamente ligada à função social da propriedade, ao abuso do direito e ao consequente mau uso da propriedade, exige, previamente, uma análise robusta do próprio direito de propriedade, em sua acepção dominial, ou seja, como direito real de propriedade, compreendendo as diferentes conotações alcançadas por referido direito no transcorrer da história.

Isto porque, para compreendermos as tendências apontadas na contemporaneidade, precisamos pesquisar as razões históricas, ideológicas, políticas, econômicas e sociais que as impulsionaram ao longo dos tempos. Ora, somente assim será possível compreender o atual estágio jurídico alcançado pelo direito de propriedade, tendo a função social como seu elemento modificador, pilar fundamental para embasar medidas coercitivas, drásticas ou não, em face do condômino com reiterado comportamento antissocial.

⁸⁴ Idem. Ibidem. Artigo 1.339, caput: *“Os direitos de cada condômino às partes comuns são inseparáveis de sua **propriedade** exclusiva; são também inseparáveis das frações ideais correspondentes às unidades imobiliárias, com as suas partes acessórias”* (grifo nosso).

⁸⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 165.

Na fala de Luiz Edson Fachin⁸⁶: “*busquemos, nas origens, aspectos do legado histórico para o Brasil contemporâneo*”. Conforme bem apontado por Giordano Bruno Soares Roberto⁸⁷, “*não é possível compreender o momento atual do direito privado brasileiro sem olhar para sua história. Para tanto, não será suficiente começar com o desembarque das caravelas portuguesas em 1500. A história é mais antiga. O Direito brasileiro é filho do Direito Português que, a seu turno, participa de um contexto mais amplo*”.

Portanto, para esboçarmos um histórico do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, parece-nos impossível dissociá-lo da própria história do referido direito em seu contexto mais amplo.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira⁸⁸, “*a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã. A ideia de “meu e teu”, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou do desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou do “business man” que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes e até crianças têm dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos sentem o fenômeno propriedade*”.

Orlando Gomes⁸⁹ define propriedade como sendo um direito complexo, conceituada através de três critérios, a saber: sintético, analítico e descritivo. Sinteticamente, a propriedade é a submissão de uma coisa, em todas as suas relações jurídicas, a uma pessoa. Analiticamente, segundo o autor, a propriedade está relacionada com os direitos de usar, gozar, dispor e reaver a coisa. Por último, descritivamente, a propriedade é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa submete-se à vontade de alguém, nos limites da lei.

⁸⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Mudanças sociais no Direito de Família*. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 439.

⁸⁷ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do Direito Privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 5.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Atualização de Carlos Edison Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 89.

⁸⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 109.

No Código Civil, o Livro de Direito das Coisas (Livro III da Parte Especial) possui como matriz fundamental o direito de propriedade, por ser este, desde Roma, o direito real por excelência, do qual todos os outros derivam ou promanam⁹⁰.

A propriedade, dentro do sistema de direitos reais, encontra-se em situação privilegiada, por ser a relação fundamental de direito das coisas, abrangendo todas as categorias dos direitos reais, sejam os limitados, de gozo e fruição, sejam os de garantia ou de aquisição.

Estudar em perspectiva histórica o direito de propriedade é, em última análise, estudar as limitações que o referido direito experimentou, quer por normas de Direito Privado, quer por aquelas pertencentes ao Direito Público.

A ideia de propriedade atravessou diversas fases desde seu surgimento, sempre estando vinculada à organização social e comunitária da sociedade. De comunitária e compartilhada, nos primórdios da civilização humana, à absoluta e egoística, na era romana.

Inúmeras transformações foram recaindo, paulatinamente, sobre o tema, retratando a importância que se dava à propriedade em cada época da história da sociedade.

A noção de propriedade, assim, não é uma noção universal, imutável, abstratamente válida em todo o tempo e em todo lugar, mas uma noção extremamente variável, tanto no tempo como no espaço.

Nas sociedades primitivas, a propriedade apresentava-se em feição coletiva, dada a prevalência da comunidade sobre o indivíduo, ou seja, nas sociedades primitivas as relações de parentesco eram coletivas, assim como a apropriação da terra, já que todos permaneciam no mesmo seio familiar⁹¹.

⁹⁰ BOULOS, Daniel M. *Abuso do Direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 261-262.

⁹¹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1982, p. 80.

Ora, o ser humano nada representava fora da comunidade, sendo considerado pela sua posição social. Consequentemente, não existiam direitos subjetivos individuais oponíveis ao Estado, assim como não eram admitidas ideias que valorizassem a liberdade do indivíduo, a qual se limitava à liberdade da comunidade, encontrando-se tanto o indivíduo, como seu patrimônio, completamente vinculados ao Estado.

No entanto, com o evoluir das sociedades, assegurando-se maior prestígio aos indivíduos, possibilitou-se a apropriação individual da propriedade, consolidada pela invenção da moeda e da expansão de seu uso.

Karl Marx afirma que *“os povos nômades foram os primeiros a desenvolver a forma dinheiro, porque todos os seus bens e haveres se encontram sob a forma de bens móveis e, por conseguinte, imediatamente alienáveis. Além disso, seu gênero de vida os põe com frequência em contato com sociedades estrangeiras e os leva, por isso mesmo, a trocar seus produtos”*⁹².

A propriedade privada, dessa maneira, substituiu a coletiva, passando as relações de parentesco a depender inteiramente de questões econômicas. *“Ao transformar todas as coisas em mercadorias, a produção capitalista destruiu todas as antigas relações tradicionais, substituindo os costumes herdados e os direitos históricos pela compra e venda”*⁹³.

Nessa vereda, por extenso período, o conceito comum de propriedade isolou a posição do sujeito privado do complexo de relações humanas e sociais que essa implicava, qualificando-a como domínio absoluto, pleno, exclusivo, indeterminado, que devia ser delimitado apenas externamente, pela tutela de direitos iguais de outros sujeitos⁹⁴.

É em Roma que a propriedade ganha fortes contornos de direito absoluto. Conforme ressaltado por Cretella Junior⁹⁵, a ordem jurídica e econômica romana girava em

⁹² MARX, Karl. *O capital: extratos por Paul Lafargue*. Tradução: Abguar Bastos. 2. ed. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2005, p. 33.

⁹³ ENGELS, Friedrich, op. cit., p. 80.

⁹⁴ MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 197-198.

⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 31.

torno da propriedade, ligando o homem a uma coisa, possibilitando que seu titular dela extraísse toda utilidade que esta lhe pudesse proporcionar.

De início, em Roma, o pátrio poder do *pater familias* abrangia, além das pessoas livres e dos escravos pertencentes à família, também os bens patrimoniais desta. Assim, o poder jurídico sobre coisas, na origem, estava incluído na *patria potestas*, sendo que a propriedade não tinha nome distinto. Nesta época, portanto, a propriedade sobre terras era exercida de maneira coletiva pelas *gentes* (conjunto de famílias coligadas por descenderem de um tronco ancestral comum).

O absolutismo inicial do direito de propriedade em Roma⁹⁶ encontra-se pautado no enfraquecimento e divisão do *mancipium*, poder unitário, amplo, que gozava o *pater familias*, englobando pessoas e coisas, desdobrando-se em várias formas de poder, a exemplo do *manus* (em face da mulher), *patria potestas* (em face dos filhos), *dominica potestas* (em face dos escravos) e *dominium* (em face das coisas). O proprietário, portanto, é precedido pela figura venerável do *pater familias*. Ora, o caráter absoluto do direito de propriedade aproxima-se ao dos direitos de domínio atribuídos ao *pater familias*⁹⁷.

Nesse momento surge o conceito abstrato de propriedade, distinto do de pátrio poder, recebendo a denominação de *dominium*, desdobrando-se, originariamente, em propriedade quiritária, pretoriana (ou bonitária), provincial e peregrina.

A propriedade quiritária era a mais ampla, própria dos romanos. Pressupunha, naturalmente, que seu titular fosse cidadão romano. Verificavam-se, ainda, outros pressupostos à propriedade quiritária. Senão vejamos: a) que a coisa, sobre a qual recaía a propriedade quiritária, pudesse ser objeto dela (estavam nesta condição todas as coisas corpóreas *in commercio*, exceto os terrenos provinciais); e b) que a coisa tivesse sido adquirida, pelo seu titular, por meio reconhecido pelo *jus civile*.

O *jus civile* reconhecia, como meios de aquisição, a *mancipatio* e a *in iure cessio*. “A *mancipatio* é uma cerimônia com gestos e palavras solenes, na presença de testemunhas, utilizando-se do bronze e da balança, modo este reservado às *res Mancipi*, que,

⁹⁶ JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*. Coimbra: Coimbra, 1997, v. 3, p. 56.

⁹⁷ MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 211.

*além dos terrenos itálicos, restringia-se às servidões rurais, aos cavalos, aos escravos, aos bois e aos demais animais domésticos, à exceção dos camelos e elefantes. A in iure cessio era um ato solene, de cessão, feito na presença de um magistrado*⁹⁸.

A usucapião, modo de aquisição originário da propriedade pelo simples fato de alguém ter a coisa em seu poder por certo tempo e sob certas condições, também gerava propriedade quiritária. Assim, a usucapião, como modo de aquisição da propriedade reconhecida pelo *jus civile*, supria a falta da *mancipatio* ou da *in iure cessio*.

O sistema do *jus civile* era rígido e complicado demais para o rápido desenvolvimento dos negócios, exigência natural do comércio. A simples tradição, ao invés dos atos solenes prescritos, certamente, atendia muito mais às necessidades do comércio do que as formalidades complicadas da *mancipatio* e da *in iure cessio*.

Eis que aparece a propriedade pretoriana, onde o pretor, por meio do direito pretoriano, em obediência aos princípios que norteavam sua atividade, passou a socorrer o adquirente de uma *res Mancipi* contra quem não a tinha transferido mediante o ato formal exigido pelo *jus civile*, protegendo-o contra o antigo proprietário que lhe vendera a coisa e que, depois, baseando-se no formalismo do *jus civile*, de má-fé, exigisse a devolução daquela. O meio de defesa era uma *exceptio res venditae et traditae*, concedida pelo pretor na fórmula de ação, que paralisava a pretensão do proprietário antigo. Por este meio, o comprador ficava protegido contra o antigo proprietário.

Logo após, o pretor estendeu tal defesa para os casos em que a coisa, que havia sido entregue ao comprador pela simples tradição, caísse em mãos de terceiros. O pretor concedeu uma ação, denominada *actio publiciana*, pela qual o comprador poderia exigir a devolução da coisa, reavê-la, de qualquer pessoa que a tivesse em seu poder.

A propriedade pretoriana também era chamada de propriedade bonitária, pois os romanos usavam sempre as expressões *in bonis esse* para indicar o domínio concedido pelo pretor.

⁹⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 27-28.

Já a propriedade provincial, relatam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia, “*é o uso e o gozo, quase sem limitações, de terrenos pertencentes ao Estado Romano*”⁹⁹. Os terrenos situados nas províncias, fora da península itálica, eram de propriedade do Estado, sendo que, tais terrenos, eram chamados *praedia sti pendiaría* e *praedia tributaria*. O Estado, que podia conceder, de fato concedeu o gozo deles aos particulares, aplicando-se-lhes todas as regras referentes ao domínio em geral.

No tocante à propriedade peregrina, por falta do requisito da cidadania, o estrangeiro não podia adquirir propriedade pelo *jus civile*. Os romanos, entretanto, reconheciam-lhes a propriedade pelo seu próprio direito estrangeiro, chamando-a de simples *dominium*.

“*Em 212, por uma Constituição de Caracala, é concedida a cidadania a todos os habitantes do Império, o que, do ponto de vista da propriedade, ocasiona o desaparecimento da propriedade peregrina*”¹⁰⁰.

Justiniano aboliu a diversidade de propriedades, unificando o instituto do domínio, uma vez que as causas da distinção já haviam desaparecido em sua época, “*por motivos externos ao mundo jurídico, como a supressão da imunidade fiscal das terras e a ampliação de seus limites*”¹⁰¹.

Nessa vereda, é justamente no direito romano que se desenvolve a propriedade de maneira absoluta, consistindo no direito de usar, gozar e abusar das coisas, possibilitando ao proprietário, até, destruí-las, se assim desejasse. Possuía feição personalista, oponível a todos, podendo ser assegurada por ação própria no *jus civile*¹⁰².

Alexandre de Moraes¹⁰³ afirma que “*foi o direito romano que estabeleceu um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os interesses individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das Doze Tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagrador da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão*”.

⁹⁹ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 143.

¹⁰⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 30.

¹⁰¹ Idem. Ibidem, p. 31.

¹⁰² JUSTO, A. Santos, op. cit., p. 58.

¹⁰³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 7.

Portanto, a propriedade, vestida de seu atributo personalíssimo e individualista, restou, inicialmente, tangida pela Lei das XII Tábuas, o que fez arrefecer o caráter absoluto do direito de propriedade¹⁰⁴.

No entanto, com as invasões dos povos bárbaros às províncias romanas, com a consequente decadência do império romano, instituiu-se um sistema senhorial que representava a essência do feudalismo. No Estado feudal, o poder concentrava-se nas mãos do monarca, o Estado era o rei, estando este vinculado ao Papa, ou seja, Estado e religião caminhavam juntos, impondo a separação entre suserano e vassalo.

Nessa época, auge do feudalismo, a propriedade, até então privada, passou a ter dupla titularidade, qual seja: senhor feudal e vassalo. *“Houve desta forma, uma bifurcação da propriedade, esfacelando o direito tal como era conhecido no direito romano”*¹⁰⁵.

O vassalo era responsável pelo cultivo das terras, que, recebendo proteção do senhor feudal, poderia utilizar tais terras para sua moradia e subsistência. O senhor feudal, por sua vez, que tinha poderes de soberania, concedia o direito de utilização econômica do bem, recebendo, em troca, impostos e prestação de serviços, inclusive militares¹⁰⁶.

Havia, nessa vereda, duas classes de proprietários sobre o mesmo bem, ou seja, *“caracterizava-se o regime por curiosa fragmentação da propriedade”*¹⁰⁷.

O sistema feudal de propriedade permaneceu até o surgimento de novos meios de produção de bens, da divisão do trabalho, da produção massificada, do aumento de rotas comerciais em distintas regiões, do fortalecimento do comércio e da formação de cidades, propiciando emergir a estrutura econômica do capitalismo, no qual a terra deixa de ser o principal meio de dominação e status social.

Com o advento do Mercantilismo, no século XVI, o Renascimento e a Reforma Protestante contribuíram para o fim dos valores medievais, e, dessa maneira, para a queda

¹⁰⁴ CRETILLA JÚNIOR, José, op. cit., p. 170.

¹⁰⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 21.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4, p. 82.

¹⁰⁷ GOMES, Orlando. *Evolução contemporânea do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 9.

do feudalismo. Tais movimentos valorizavam a razão humana e a ciência, originando, por conseguinte, o Iluminismo, surgido no século XVII, porém com seu apogeu no século XVIII.

Os iluministas defendiam, basicamente, uma visão antropocêntrica dos acontecimentos, em nítida contraposição à visão teocêntrica medieval, e encaravam o homem como um ser livre, dotado de direitos.

Rousseau, pensador iluminista, afirmava que os homens deveriam buscar sua liberdade pessoal e sua autonomia perante o Estado, assegurando a propriedade privada, assim como a garantia de que o proprietário poderia usar e livremente dispor de seus bens. Para ele, “*não passando o direito de propriedade de convenção e instituição humana, todo homem pode à vontade dispor do que possui*”¹⁰⁸.

Nesse período, o capitalismo emerge de forma voraz, caracterizando-se, exatamente, por ser um sistema econômico baseado na propriedade privada dos meios de produção. “*O capital é, essencialmente, propriedade privada de alguém*”¹⁰⁹.

Em 1789, eclode a Revolução Francesa, vibrando golpe fatal no regime feudal, cujo lema era: liberdade, igualdade e fraternidade. Nesse mesmo ano, surge a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa, aos vinte e seis dias do mês de agosto do dito ano.

Sá Pereira, manifestando-se a respeito da Revolução Francesa, afirma que esta, ao manumitir a propriedade das peias que a cercavam, tinha em vista o homem, ou seja, “*retomou-se o fio quebrado da concepção romana o qual, mais tarde foi incorporado pelo Código de Napoleão e, se impôs a todos os povos cultos*”¹¹⁰.

A partir de então, reedita-se o sistema romano, baseado na concepção da natureza sagrada e inviolável da propriedade, ou seja, da ideia de poder perpétuo, exclusivo e absoluto que cerca o conceito de propriedade.

¹⁰⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 79.

¹⁰⁹ MARX, Karl, op. cit., p. 33.

¹¹⁰ SÁ PEREIRA, Virgílio de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924, p. 10.

A propriedade foi reerguida à condição de incontestabilidade, restaurada que foi a ideia individualista, somente admitindo que o titular fosse dela despedido em caso de interesse público e após justa e prévia indenização. O artigo 17 da Declaração assim preconizava: *“como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”*.

A propriedade é elevada, no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão, à categoria de Direito Natural, inalienável e sagrado do homem, com a seguinte previsão, em seu artigo 2º: *“o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”*.

Nesse contexto, em 1804, edita-se o Código Napoleônico, que absorveu justamente a concepção mais individualista e egoísta da propriedade¹¹¹. Tanto é assim, que seu artigo 544 definia a propriedade como *“o direito de usar e dispor das coisas da maneira a mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”*.

Esse foi o momento da mais nítida separação entre direito público e privado: neste, os partícipes são os particulares, contratantes ou proprietários, e se tem como pilar axiológico a autonomia da vontade; naquele, os cidadãos em face do Estado, cujo cerne valorativo são os limites para o exercício do poder e o estabelecimento de direitos fundamentais oponíveis verticalmente.

Para Orlando Gomes, quando o Código de Napoleão consagrou a propriedade como um direito de que seu titular poderia usar irrestrita e incondicionalmente, estava apenas opondo *“formal contradita ao sistema feudal, ainda em câmara ardente. O objetivo precípua do legislador foi determinar que o proprietário não mais estaria na obrigação de prestar serviço ou pagar renda a alguns privilegiados, que poderíamos denominar de superproprietários. A Revolução abolira os intoleráveis ônus e encargos que vinculavam a*

¹¹¹ MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 214.

*terra. A Revolução, numa palavra, libertara o solo. Era preciso evitar, a todo preço, que se reconstituísse a propriedade feudal*¹¹².

Contudo, a Revolução Francesa não implicou na alteração da concepção filosófica do direito de propriedade, advinda do direito romano, mudando apenas o titular deste direito, da nobreza e do clero, para a burguesia¹¹³.

Dessa maneira, fortaleceu-se o Liberalismo, corrente econômica do Iluminismo, que se deu em conjunto com o processo de produção capitalista. A Revolução Industrial, seguida da Cultural, determinou a reordenação do alcance do caráter ilimitado do direito de propriedade. Aparecem novas ideologias a partir da segunda metade do século XIX, ensejando uma nova visão do direito de propriedade, a partir de uma seara político-econômica.

Para Luiz Carlos Bresser-Pereira, “*o liberalismo, enquanto originalmente uma ideologia burguesa, está interessado na proteção das liberdades; o liberalismo econômico, na garantia dos direitos de propriedade e dos contratos; o liberalismo político, na igualdade de todos os cidadãos e na liberdade individual*”¹¹⁴.

Entretanto, em contrapartida ao Liberalismo, emerge a necessidade de implantação de um sistema eficaz para fazer frente ao abuso econômico propiciado. Karl Marx¹¹⁵ era enfático ao atestar que no Estado Liberal, a ideia de liberdade e igualdade é baseada pelo acúmulo do capital, na qual os membros da sociedade só são desiguais na medida em que também o são seus capitais.

É assim que, em 1848, Karl Marx e Friedrich Engels editam o Manifesto Comunista, pugnando pela extinção do direito de propriedade, já que a propriedade não poderia ser encarada como mercadoria, pois se tratava, em verdade, de bem de produção, servindo de base para estabelecer uma igualdade material, e não meramente formal.

¹¹² GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955, p. 117.

¹¹³ MIRANDA, A. Gursen de. *Direito agrário e ambiental: a conservação dos recursos naturais no âmbito agrário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 2005.

¹¹⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O surgimento do Estado republicano*, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 27 de outubro de 2011.

¹¹⁵ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 55.

São vossas palavras: *“Horrorizai-vos porque queremos abolir a propriedade privada. Mas, em vossa atual sociedade, a propriedade privada já está abolida para nove décimos de seus membros; ela existe precisamente porque não existe para esses nove décimos. Censurai-nos, portanto, por querer abolir uma propriedade cuja condição necessária é a ausência de toda e qualquer propriedade para a imensa maioria da sociedade. Numa palavra, censurai-nos por querer abolir vossa propriedade. De fato, é exatamente isso que queremos”*¹¹⁶.

Portanto, o regime socialista alterava por completo o conceito de propriedade privada. Por outro lado, nos países que adotavam o regime capitalista, a propriedade permanecia na seara privada, havendo, contudo, as restrições impostas pela lei. Ocorre que, mesmo em tais Estados, a compreensão do instituto da propriedade passou a ser relativizada, eis que adotada uma nova noção de Estado, sobrepondo-se o interesse social sobre o caráter individualista.

Inúmeros movimentos sociais importaram na alteração de certas realidades até então inabaláveis, a exemplo da propriedade. Tais movimentos, de nítido cunho insatisfatório, impuseram à sociedade um reordenamento legislativo, a fim de abrigar direitos antes sequer imaginados.

Essa dimensão de direitos, cuja adesão foi reforçada após a I Guerra Mundial, tem como titular a coletividade, pressupondo uma atuação positiva do Estado, decorrendo do confronto entre Liberalismo e Socialismo.

Referidos direitos impõem, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *“facere”* (políticas públicas). São direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade, tendo como sujeito passivo o Estado. Tais direitos foram os principais benefícios que a humanidade recolheu do movimento socialista.

Diante dessa incontestável movimentação social, a propriedade começa a perder seu caráter privatista, eclodindo uma nova concepção de seu conceito. Ora, a propriedade, ainda que privada, deve sempre ser adequadamente utilizada, servindo, sempre que

¹¹⁶ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, op. cit., p. 62-63.

possível, ao bem comum. A propriedade deve ser sacrificada onde quer que surja a necessidade de atender aos interesses gerais ou da coletividade.

A progressiva superação desse modelo rendeu ensejo a que se inserissem, no plano jurídico do direito privado, princípios limitadores do individualismo e da voluntariedade, fazendo surgir as chamadas normas de ordem pública, em espaços antes privados por excelência, como a propriedade.

Já no século XX, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 incorporam os direitos sociais em seus textos, consagrando que a propriedade deve satisfazer ao bem da coletividade.

Porém, ao emergir a II Guerra Mundial, houve uma crise dos direitos sociais, momento em que a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana. Os movimentos políticos e militares (nazismo e fascismo) ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg, Tribunal Penal Militar, invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. O direito afastou-se da moral, legitimando atrocidades impronunciáveis.

Dessa maneira, ao fim da II Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e à lei como uma estrutura meramente formal, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido, abrindo caminho para reflexões acerca do direito.

O trauma e a violência gerados pela II Guerra Mundial inspiraram as Nações Aliadas na tentativa de estabelecer uma organização para a manutenção da paz e a prevenção da recorrência de tamanhas atrocidades.

No pós-guerra, em 1948, assinala-se o verdadeiro aprofundamento e a definitiva internacionalização dos direitos sociais. A Declaração Universal dos Direitos

Humanos, desse mesmo ano, é um dos primeiros instrumentos baseados na ideia de que os direitos humanos devem ser garantidos para todo ser humano¹¹⁷.

Apesar de não ser um documento impositivo, por não ter eficácia vinculante, o referido instrumento conseguiu criar certos parâmetros internacionais para os direitos humanos, os quais são regulamentados em vários tratados internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi escrita entre janeiro de 1947 e dezembro de 1948. Seu texto foi elaborado pelos oito membros do Comitê de Direitos Humanos, liderado por Eleanor Roosevelt, o qual buscou incluir todos os aspectos dos direitos humanos, desde os direitos culturais, sociais e econômicos, até os direitos civis e políticos. Depois de mais de 1.400 votos modificando o texto do documento, a Assembleia Geral da ONU – Organização das Nações Unidas - aprovou por unanimidade a Declaração em 10 de dezembro de 1948, com oito abstenções: da Bielorrússia, Tchecoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, África do Sul, União Soviética, Ucrânia e Iugoslávia.

Considera-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos como um dos mais importantes documentos consagradores dos direitos humanos da história, contemplando a propriedade em seu artigo 17. Senão vejamos: *“todo o homem tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”*; *“ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”*.

No Brasil, conforme veremos no tópico seguinte, a proteção do interesse coletivo sobre o individual, no tocante ao direito de propriedade, deu-se de modo paulatino, com o evoluir das constituições, diretamente ligadas ao seu respectivo momento histórico, até chegarmos à Carta Magna de 1988, consagradora da função social da propriedade como direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso XXIII.

¹¹⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115.

3.3. A Evolução Histórica no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Primeiramente, é fundamental que se esclareça que não temos a pretensão de esmiuçar a trajetória do direito de propriedade, intimamente ligada à trajetória de nosso direito civil, na profundidade que ela verdadeiramente apresenta. Desta feita, iremos nos ater a traçar um panorama histórico que viabilize o entendimento da atual realidade jurídica do nosso direito de propriedade.

De seu descobrimento, do império à república, tal qual conhecemos hoje, o Brasil sofreu diversas transformações políticas, sociais e econômicas, refletindo diretamente no ordenamento jurídico regulador do direito de propriedade.

Norberto Bobbio já dizia que *“os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa e novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez. As Constituições apenas os certificam, declaram e garantem”*¹¹⁸.

Pois bem, o direito de propriedade no Brasil tem início com seu descobrimento, em 1500, momento em que passou a ser regulado pelas Ordenações do Reino, compilações de normas jurídicas que vigoravam em Portugal, as quais permaneceram vigentes em nosso país até a promulgação do Código Civil de 1916, que somente entrou em vigor em primeiro de janeiro de 1917. Portanto, durante o longo período de colonização, o “direito brasileiro” se resumiu ao que era posto pelas Ordenações do Reino de Portugal, ou seja, não passava de mera extensão do direito de nossos colonizadores.

Isto porque, a cultura dos povos indígenas que habitavam o Brasil, quando de sua descoberta, não influenciou a formação de um direito interno brasileiro, ou seja, o direito português se sobrepôs de maneira autoritária, da mesma forma como se dera a própria colonização.

118 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

As Ordenações levaram o nome de seus mandantes régios e três foram tais compilações: Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. As Ordenações foram compilações jurídicas organizadas pelos respectivos monarcas, com o intuito de reunir em um só corpo legislativo as diversas leis extravagantes e outras fontes de direito.

O motivo para tanto é que a quantidade e dispersão das leis então existentes ensejavam a proliferação de demandas e dificuldades quanto a sua interpretação e aplicação. Sentia-se a necessidade de elaboração de uma codificação que representasse unidade legislativa, tanto para abrigar textos legais pretéritos, ainda vigentes, como para abranger novas disposições, tão desejadas à época¹¹⁹.

Nesse contexto é que, nos idos de 1446 ou 1447¹²⁰, foram promulgadas as Ordenações Afonsinas, recebendo tal nome em homenagem a D. Afonso V (1446-1481). Esta obra fora iniciada ainda no período do reinado de D. João I (1385-1433), que encarregou João Mendes de prepará-las. Com o falecimento de ambos, D. Duarte (1433-1438), monarca seguinte, ordenou a continuação do trabalho a Rui Fernandes. Morto D. Duarte, coube a D. Pedro, regente de D. Afonso V durante sua menoridade, o impulso necessário para o término da compilação, que fora finalmente concluída em 28 de julho de 1446 e que, submetida à revisão, fora publicada provavelmente em 1447¹²¹.

A dificuldade de determinar o momento exato da entrada em vigor das Ordenações Afonsinas centra-se na não existência, à época, de norma ou prática que desse publicidade aos atos legislativos.

Com relação a sua sistematização, as Ordenações Afonsinas foram divididas em cinco livros, cada qual subdividido em títulos, que, com frequência, subdividiam-se em parágrafos. O Livro I, com 72 títulos, tratava de direito administrativo, abrangendo os cargos públicos, o governo, a justiça e o exército. O Livro II, com 123 títulos, versava sobre os bens da Igreja, dos direitos do rei, da jurisdição dos donatários, das prerrogativas da nobreza e do estatuto dos judeus e dos mouros. O Livro III, com 128 títulos, tratava sobre processo civil. O Livro IV, com 112 títulos, regulamentava o direito civil, a exemplo

¹¹⁹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 42.

¹²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 270.

¹²¹ Idem. *Ibidem*, p. 269.

do direito de família, obrigações, coisas e sucessões. Por fim, o Livro V atinha-se ao direito e processo criminal¹²².

Carlos Alberto Dabus Maluf¹²³ colaciona uma importante limitação ao direito de propriedade, contida no Título XIII do Livro IV das Ordenações Afonsinas, que proibia a doação ou a venda de alguma coisa do homem casado à sua barregã.

Visando uma atualização das Ordenações Afonsinas, é que D. Manuel (1495-1521), segundo monarca após D. Afonso V, durante seu reinado, mais precisamente em 1505, encarregou uma comissão de juristas para elaboração de nova compilação. Finalmente, ao término da nova codificação, apelidada de Ordenações Manuelinas, foram estas promulgadas em 1521, vigorando até 1603.

Segundo retrata Luiz Carlos de Azevedo¹²⁴, insigne historiador do direito, eterno professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, da Universidade de São Paulo, a quem rendemos nossas mais sinceras homenagens, a nova compilação implicou em alterações de forma e conteúdo, comparando-se com a anterior, principalmente em matéria de direito subsidiário, além da interpretação vinculativa da lei, através de assentos da Casa da Suplicação.

Conforme aponta Mário Júlio de Almeida Costa¹²⁵, alcançou-se uma compilação ainda maior, já que quase todos os livros das Ordenações Manuelinas possuíam número reduzido de títulos, em relação às Ordenações Afonsinas.

No tocante à estrutura, manteve-se a sistematização das Ordenações Afonsinas, encontrando a mesma distribuição de matérias através de cinco livros, que também foram divididos em títulos e estes em parágrafos.

Assim como a compilação que a precedeu, as Ordenações Manuelinas (Título VIII do Livro IV) mantiveram importante limitação ao direito de propriedade, vedando que o homem casado doasse ou vendesse coisa alguma à sua barregã.

¹²² CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. Lisboa-São Paulo: Verbo, 1981, p. 539.

¹²³ MALUF, Carlos Alberto Dabus, op. cit., p. 44.

¹²⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado*. São Paulo: FIEO, 1980, p. 290.

¹²⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida, op. cit., p. 279.

A fim de realizar atual revisão das Ordenações Manuelinas, somado à necessidade de compilar os diversos textos avulsos surgidos após a promulgação da mesma, o cardeal D. Henrique, regente de D. Sebastião, determinou a elaboração de nova compilação. Porém, com a morte de ambos, coube a D. Felipe II da Espanha e I de Portugal, que assumira o reino português, determinar a nomeação de uma comissão de juristas para, enfim, elaborar nova compilação, com os trabalhos iniciados entre 1583 e 1585. Todavia, somente em 1603, durante o reinado de D. Felipe III da Espanha e II de Portugal é que a nova compilação fora promulgada, tendo sido denominada de Ordenações Filipinas.

As Ordenações Filipinas não alteraram a sistematização adotada pelas compilações anteriores, também sendo composta de cinco livros, que se subdividiam em títulos e estes em parágrafos, não havendo grandes alterações em relação ao conteúdo.

Com a revolução havida em 1640, revolução esta por meio da qual Portugal tornou-se independente do reino espanhol, coube a D. João IV a confirmação do texto filipino, fato este ocorrido no ano de 1643.

As Ordenações Filipinas, como limitação ao direito de propriedade, mantiveram a vedação imposta ao homem casado, que não poderia doar ou vender coisa alguma à sua barregã (Título LXVI do Livro IV).

Quando da descoberta do Brasil, portanto, as Ordenações Afonsinas passaram a vigorar aqui, ao lado de leis extravagantes e outras fontes normativas, a exemplo dos alvarás e cartas régias, ou seja, as fontes que então tinham vigência em Portugal passaram a vigorar nas terras descobertas, criando-se fontes normativas especiais para regulamentar situações peculiares da colônia, como as cartas de doação, os forais e os regimentos dos governadores.

A independência do Brasil, em sete de setembro de 1822, não trouxe uma ruptura imediata da ordem jurídica herdada de Portugal nos seus aspectos dominantes. Apesar da criação de uma nova concepção política após tal fato, verifica-se a vigência de parte das Ordenações Filipinas até a segunda década do século XX, ou seja, até a promulgação e entrada em vigor do Código Civil de 1916.

No campo político, todavia, a ruptura fora quase que imediata, sobrevindo a primeira constituição brasileira, ou seja, a Constituição Imperial de 1824. Esta, em virtude do contexto histórico, na esteira do artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consagrou a propriedade como direito inviolável. Em seu artigo 179, inciso XXII, dispunha: *“É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização”*.

Já a Constituição da República, de 1891, da mesma maneira, também garantia o direito de propriedade com contornos individualistas, e previa, em seu artigo 72, parágrafo 17, que *“o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”*.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, *“para se tratar de uma verdadeira constituição não basta um documento. É necessário que o conteúdo desse documento obedeça aos princípios fundamentais progressivamente revelados.”*¹²⁶.

É assim que, no Brasil, a proteção do interesse coletivo sobre o individual, no que diz respeito ao direito de propriedade, tornou-se eloquente, ainda que de modo indireto, a partir da Constituição de 1934, que afirmava que a propriedade não é direito absoluto, tampouco ilimitado, prevendo, em seu artigo 113, parágrafo 17, que *“é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”*. Percebe-se, neste ponto, a influência que a Constituição de 1934 sofreu das Constituições Mexicana (de 1917) e Alemã (de 1919), consagradoras do direito social, ao inserir, conforme visto, a subordinação do interesse individual ao social ou coletivo.

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1056.

No tocante à Constituição de 1937, podemos constatar certo retrocesso, vez que, ao disciplinar o direito de propriedade, em seu artigo 122, parágrafo 14, acabou por fazer superficial referência à função social, limitando-se a prever que o seu conteúdo e os seus limites seriam definidos nas leis que regulassem o seu exercício. Observa-se, portanto, que fora excluído do texto constitucional qualquer menção a interesse social ou coletivo.

De outra linha, a Constituição de 1946, em seu artigo 147, previu que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social, restaurada ao texto constitucional, portanto, a omissão ocorrida na constituição anterior.

A Constituição de 1967, com a redação trazida pela Emenda Constitucional n.1 de 1969, no capítulo atinente à ordem econômica e social, previu a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica e social, aptos a realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social.

Todavia, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que a função social da propriedade alcançou novas dimensões. A Carta Magna inseriu a função social da propriedade não apenas em seu artigo 170, inciso III, que trata da ordem econômica e financeira, mas logo em seu artigo 5º, inciso XXIII, que trata dos direitos e garantias fundamentais, ao lado, dessa maneira, da garantia fundamental do próprio direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII), alçando, portanto, o aspecto funcional da propriedade a direito fundamental.

3.4. O Direito Civil Constitucional

Atualmente, a propriedade deve ser encarada não só pelas regras de direito civil, mas, sobretudo, sob o enfoque do direito constitucional, na medida em que a função social, como direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal, sendo, inclusive, nos termos de seu artigo 60, parágrafo 4º, verdadeira cláusula pétrea, deve nortear todo o regramento infraconstitucional do direito de propriedade.

Esta interação entre o direito civil e a Constituição Federal origina uma nova disciplina jurídica, denominada, na doutrina contemporânea, de constitucionalização do direito civil ou direito civil constitucional¹²⁷, ou seja, a análise das normas infraconstitucionais de direito civil, sem exceção, portanto não restrita àquelas atinentes apenas ao direito de propriedade, deve sempre ser feita em consonância com os princípios e normas constitucionais, devendo, assim, ser preenchida por valores constitucionais.

Desta forma, os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

A Carta Magna, como um todo, incide em cada norma infraconstitucional aplicada para a solução de certa controvérsia. Paulo Luiz Netto Lôbo¹²⁸, ressaltando a existência de uma unidade hermenêutica, onde a Constituição Federal é o apogeu da aplicação da legislação infraconstitucional, em especial a legislação civil, afirma que o jurista deve interpretar o Código Civil segundo a Constituição Federal, e não esta segundo aquele, como, outrora, ocorria com certa frequência.

Gustavo Tepedino afirma que “*o percurso evolutivo da doutrina do direito civil brasileiro encontra-se intimamente relacionado ao advento da Assembleia Constituinte, instalada em 1987, e ao clima de engajamento político que marcou o período de redemocratização do Brasil*”, pois afirma, com razão, que respectivo fato histórico propiciou profundas reflexões no âmbito do direito privado, procurando-se fazer, da preocupação para com a pessoa humana e as situações jurídicas existenciais, fonte de inspiração para superar a perspectiva patrimonialista, promovendo-se valores constitucionais, em especial, a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988¹²⁹, assim como a solidariedade social e a isonomia ou igualdade.

Na busca do pronto restabelecimento da democracia, a Constituição Federal de 1988 alçou à esfera constitucional temas que, a princípio, não seriam, por assim dizer,

¹²⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III, p. 21.

¹²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

¹²⁹ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 22.

constitucionais, originado uma nova ordem pública constitucional¹³⁰, numa tentativa de impedir novos regimes autoritários, diminutivos das garantias e valores da própria dignidade da pessoa humana. A Carta Magna, portanto, impôs o cumprimento de deveres não patrimoniais às relações jurídicas de direito privado, sempre com a finalidade precípua de tutela da dignidade da pessoa humana.

A expressão “direito civil constitucional”, afirma boa parte da doutrina¹³¹, tem raízes na doutrina de Pietro Perlingeri¹³², ao dizer que “*o conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia, traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora*”.

O direito civil constitucional tutela a própria dignidade da pessoa humana, protegendo-a não só nas relações entre Estado e cidadão, mas também no âmbito privado. Portanto, constatamos que o texto constitucional de 1988 inovou de forma sem precedentes no sentido de funcionalizar a propriedade aos valores sociais e existenciais¹³³.

Na expressão certa de Luis Roberto Barroso¹³⁴, a dignidade da pessoa humana assume dimensão transcendental e normativa, e a Constituição Federal passa a ser não somente “*o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e lhe conferindo unidade*”.

Neste novo paradigma, onde o direito civil deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, de maneira ímpar, Maria Celina Bodin de Moraes colaciona que deve ser atribuída prevalência e precedência às situações jurídicas existenciais, porque “*à pessoa*

¹³⁰ Idem. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo II, p. 29.

¹³¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Método, 2007, v. 1, p. 114.

¹³² PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

¹³³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 328.

¹³⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a tutela prioritárias”¹³⁵.

O ordenamento jurídico não é, portanto, um conjunto de normas jurídicas apartadas e sem qualquer relação entre si. Pelo contrário, as normas interligam-se, vinculam-se, convivendo com uma unidade axiológica, conferida pelas normas e princípios constitucionais¹³⁶, ou seja, há uma visão unitária do sistema, num verdadeiro diálogo das fontes. Ora, o ordenamento jurídico deve ser concebido sob o prisma da unidade, haja vista que, na falta desta, não há sequer ordenamento.

É preciso compreender a relação havida entre a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, qual seja: aquela se apresenta como fundamento interpretativo desta, ou seja, a legislação infraconstitucional deve ser lida à luz da Constituição Federal. Portanto, ressalta-se que, em vista da unidade do ordenamento, indispensável à sua própria subsistência, sua interpretação deve ser realizada tendo por norte os princípios emanados da Constituição Federal, “*que centraliza hierarquicamente os valores prevalentes no sistema jurídico, devendo suas normas, por isso mesmo, incidir diretamente nas relações privadas*”¹³⁷.

Desta maneira, vivenciamos atualmente um “modelo de comunicação e complementaridade”, em detrimento do ultrapassado “modelo de incomunicabilidade”¹³⁸, entre direito civil e direito constitucional, onde ambos devem ser interpretados conjuntamente, e não isoladamente, numa verdadeira simbiose.

A solução a ser aplicada não pode mais ser encontrada levando em consideração apenas o artigo de lei que pareça contê-la, ou seja, não pode mais ficar restrita apenas e tão somente ao texto codificado, mas, sim, à luz de todo o ordenamento jurídico, em especial, de seus princípios fundamentais, contidos na Constituição Federal.

¹³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Direito Civil Constitucional*. In: CAMARGO, Margarida (Org.). *Direito Civil Constitucional: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 127.

¹³⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III, p. 29.

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo, op. cit., p. 183.

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Direito civil e Constituição: relações do projeto com a Constituição. Comentários sobre o Projeto de Código Civil brasileiro*. Conselho da Justiça Federal. Série Cadernos do CEJ, Brasília, 2002, v. 20, p. 65.

Numa interpretação civil-constitucional dos institutos jurídicos de direito privado, a proteção da dignidade da pessoa humana deve sempre se sobressair, inclusive em detrimento do próprio direito de propriedade. Ora, neste novo modelo, os não-proprietários devem ser tutelados de maneira prioritária.

Segundo a lógica de José Joaquim Gomes Canotilho¹³⁹, se norma jurídica é o resultado da somatória de norma princípio mais norma regra, onde todo princípio tem força normativa e conteúdo aberto, a dignidade da pessoa humana é, sem dúvida alguma, norma princípio, cujo conteúdo mínimo é: a integridade física e psíquica, a liberdade e a igualdade, e o direito ao mínimo existencial¹⁴⁰.

Conhecer o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, base de sustentação de todos os direitos fundamentais, ou seja, verdadeira cláusula geral que serve de sustentáculo ao sistema, já que dotada de abstração e generalidade, chamada de “super-princípio” ou “princípio dos princípios”, permite, caso esta entre em rota de colisão com outros valores ou normas princípio, verificar qual delas prevalecerá, em autêntica ponderação de interesses. Ora, “*a afetação de um direito só é justificável pelo grau de importância de satisfação de outro direito posto*”¹⁴¹.

A cláusula geral é dotada de tal grau de generalidade, ou seja, é aberta, fluida, o que não se confunde, frise-se, com obscuridade, que permite mais claramente a construção da norma do caso, sendo dirigida ao juiz para que, deparando-se com o caso concreto, produza a melhor solução. Desta feita, a cláusula geral, como uma de suas funções, permite uma flexibilidade do sistema jurídico¹⁴².

Portanto, ao aplicarmos a norma jurídica ao caso concreto, analisando questões polêmicas, como a do condômino com reiterado comportamento antissocial, devemos nos valer, direta ou indiretamente, da Constituição Federal, assim como dos princípios que sustentam o Código Civil (eticidade, socialidade e operabilidade), numa tentativa incansável de preservar e tutelar, de maneira absoluta, os valores sociais e a dignidade da

¹³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 95.

¹⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 102.

¹⁴¹ FARIA, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996, p. 98.

¹⁴² LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

pessoa humana dos demais condôminos, legitimando, dessa maneira, a própria decisão a ser tomada.

O reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares, os quais adentram a esfera privada por meio das cláusulas gerais, é o que se denomina de “horizontalização dos direitos fundamentais” ou “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, tornando mais cristalina a proteção da dignidade da pessoa humana, assim como de outros valores e princípios constitucionais, *“indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa”*¹⁴³, e por que não, presentes no condomínio edilício.

Podemos concluir que, a constitucionalização do direito civil, sob o prisma do direito de propriedade, levando-se em consideração a sua função social, permite a aplicação de medidas severas em face do condômino antissocial, já que este, ao exercer de maneira indevida, senão abusiva, seu direito de propriedade, além de ferir direitos existenciais dos demais condôminos, garantidos constitucionalmente, transgride acintosamente normas e princípios constitucionais, exigindo-se, assim, o imediato cessar das condutas antissociais.

Ora, a leitura do Código Civil deve obrigatoriamente ser feita à luz dos preceitos constitucionais, não se concebendo, portanto, um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou, ainda, que se desenvolva paralelamente a ela, pois *“a pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se, assim, tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais, ou seja, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais”*¹⁴⁴.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 223.

¹⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III, p. 32.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: ELEMENTO MODIFICATIVO DO DIREITO PROPRIETÁRIO

O direito de propriedade representa, possivelmente, a esfera mais sensível dos institutos jurídicos de direito privado, passível de sofrer fortes influências da evolução social, espelhando uma dimensão política do ordenamento jurídico¹⁴⁵.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988 introduziu significativa mudança na disciplina do instituto jurídico da propriedade, já que, ao contrário das Cartas pretéritas, inseriu a função social da propriedade não apenas como um dos princípios da ordem econômica e financeira, em seu artigo 170, inciso III, mas logo em seu artigo 5º, inciso XXIII, promovendo, portanto, o aspecto funcional da propriedade a direito fundamental.

Essa dupla inserção da função social da propriedade permite uma abrangência muito mais ampla, unindo-a diretamente a valores, como a dignidade da pessoa humana e a justiça social, conforme veremos no transcorrer do presente capítulo.

Embora a função social esteja prevista entre os direitos fundamentais, José Afonso da Silva muito bem esclarece que *“ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”*¹⁴⁶.

4.1. Panorama Geral

Se a concepção clássica de direito de propriedade encontrava-se há muito superada, atualmente *“já não prevalece, no espírito da legislação contemporânea, aquele absolutismo pernicioso que imperava no conceito de direito de propriedade”*¹⁴⁷. Aliás, hoje é consenso que não mais existe direito subjetivo, gerador de poder absoluto,

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 4, p. 6.

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional privado*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990, p. 240.

¹⁴⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 23.

encontrando-se, tal conceito, inteiramente ultrapassado¹⁴⁸. Todos são relativos e devem se harmonizar mutuamente. Todo o direito consiste positivamente numa atribuição, cujo conteúdo é delimitado por regras positivas e negativas, e, portanto, “*os deveres têm o mesmo nível que as faculdades*”¹⁴⁹.

A tutela constitucional da dignidade da pessoa humana fez com que se restasse superada, por completo, a noção individualista, provocando significativa alteração na concepção do direito privado e, por conseguinte, de seus institutos tradicionais, como a propriedade, que foram funcionalizados à realização dos valores constitucionais.

Desta forma, a propriedade não mais é encarada como direito subjetivo por excelência, ou seja, uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, mas uma situação jurídica subjetiva típica e complexa, necessariamente coligada com outras.

Novas perspectivas jurídicas foram delineadas e consolidadas, nas quais o interesse do proprietário não é mais o objeto central da tutela, mas um interesse protegido no quadro de um complexo de interesses com ele contrastantes, que persistem juntos sobre a coisa objeto de domínio e que o ordenamento reconhece e tutela além da barreira tradicionalmente posta em defesa do proprietário.

Carlos Alberto Dabus Maluf, com a clareza que lhe é peculiar, afirma que “*o direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava. Está sujeito, na atualidade, a numerosas limitações, impostas pelo interesse público e privado, inclusive pelos princípios de justiça e do bem comum*”¹⁵⁰.

A noção clássica, que identificava na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto, fora alterada radicalmente, vez que, atualmente, o conteúdo da propriedade depende de centros de interesses que vão muito além da figura do proprietário.

¹⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III, p. 36.

¹⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7, p. 22.

¹⁵⁰ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 21.

Ao mesmo tempo em que a propriedade tem a função individual de satisfação de um interesse próprio, particular, ainda tem a função social de atender ao interesse coletivo¹⁵¹, ou seja, o direito de propriedade deve ser exercido de modo a satisfazer um interesse individual, desde que este coincida com um interesse social, “*em uma relação de concorrência conjuntiva, de coincidência, de equilíbrio sistêmico, sob pena de haver perturbações na função*”¹⁵².

Ora, deve sempre existir uma compatibilidade entre o direito individual e a função por ele desempenhada, sendo perfeitamente possível conjugar a utilização de um bem tanto para satisfação de interesses individuais, assim como para atendimento das exigências impostas pelo interesse coletivo. Do direito reconhecido ao proprietário, deve resultar um benefício, não só a ele próprio, como à coletividade.

O direito de propriedade tem uma função social, e, portanto, nada tem de absoluto, no sentido de irrestrito, podendo assim ser modificado onde quer que surja a necessidade de se atender aos interesses gerais da coletividade. A função social modifica o esquema da livre atribuição do titular do direito de propriedade, impedindo que os poderes atribuídos aos proprietários sejam voltados única e exclusivamente à satisfação de seus interesses individuais, mas sim, às exigências gerais da coletividade.

Pois bem, assim sendo, indaga-se: Quais são os interesses coletivos que devem ser atendidos? Na linha de Francisco Eduardo Loureiro¹⁵³, não olvidamos afirmar que são todos aqueles traçados como valores dignos de tutela pela Carta Magna, a exemplo da dignidade da pessoa humana, o meio ambiente, a saúde, a segurança, o lazer, dentre outros, embora, muitas vezes, o interesse coletivo apenas poderá ser constatado no exato momento em que houver lesão ao mesmo, quando deverá ser valorado a cada caso concreto. Dessa maneira, não existe critério abstrato para definir quando a propriedade cumpre sua função social, merecendo ser analisado cada caso concreto, a fim de constatar a concorrência entre os interesses proprietários e não-proprietários.

¹⁵¹ RENZO, Leonardi. *O Novo Panorama do Condomínio Edilício*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.), op. cit., p. 16.

¹⁵² PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 195.

¹⁵³ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 113.

O fato é que a função social serve de coordenada ao titular do direito de propriedade, mostrando-lhe o norte de como proceder de acordo com os valores fundamentais da Constituição Federal, dignos de tutela.

4.2. A Propriedade como Relação Jurídica Complexa

A propriedade é verdadeira relação jurídica complexa¹⁵⁴, que confere ao seu titular, além de direitos, deveres. Ao conferir deveres, se os mesmos vierem a faltar, podemos afirmar que o agente que dela faz uso adentrará a esfera da ilicitude, onde a propriedade deixará de cumprir com sua função social, desmerecendo, ousamos afirmar, tutela jurídica do próprio ordenamento. É essa ausência de tutela jurídica que fundamenta a aplicação de medidas severas em face do condômino reiteradamente antissocial, o qual, nada mais é do que um descumpridor assíduo da função social da propriedade, exercendo de maneira indevida o direito dela decorrente.

Pois bem, em sendo a propriedade uma relação jurídica complexa, atribuída pela ordem jurídica a um titular, absolutamente normal que esta mesma ordem jurídica preveja certa conduta, com uma finalidade social, a ser alcançada pelo proprietário, sob pena de se ver alijado de qualquer tutela no tocante à propriedade.

Veremos, mais a frente, como operacionalizar a necessidade de sancionar o mau comportamento, sem permitir que o particular, lesado pelo uso indevido, imponha arbitrariamente o cumprimento da função social da propriedade, o que, em tese, poderia constituir, até mesmo, ilícito penal de exercício arbitrário das próprias razões, previsto no artigo 345 do Código Penal. Ora, contra o condômino reiteradamente antissocial, não cumpridor da função social da propriedade, medidas legais eficientes e concretas existem, e devem ser aplicadas como fator inibitório.

Convencido de que a propriedade está interligada a relações jurídicas complexas, Gustavo Tepedino¹⁵⁵ propõe que o seu conceito seja construído a partir de

¹⁵⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 1.

¹⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Contornos da propriedade privada: Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 316.

inúmeros fatores. Vejamos: *“A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade, não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas “uma situazione giuridica tipica e complessa”, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere. Cuida-se da tese que altera, radicalmente, o entendimento tradicional que identifica na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da “massima signoria sulla cosa”, formulação incompatível com a ideia de relação intersubjetiva. A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário tenha espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de certos interesses extrapatrimoniais, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica da propriedade”*.

Portanto, de absolutista e egoístico, o direito de propriedade vai cedendo a uma característica de direito relativo frente à necessidade de ter deveres para com a coletividade¹⁵⁶. À margem da legítima preocupação com os interesses individuais do proprietário, a propriedade deve alcançar os interesses socialmente relevantes.

Nos dizeres de J. M. de Carvalho Santos¹⁵⁷, o direito de propriedade *“é essencialmente social, preponderando o interesse geral, ou, quando não, os princípios da solidariedade civil. O direito de propriedade sofre, assim, as restrições que as necessidades da vida social determinam, em obediência ao velho axioma jurídico de que a ninguém é lícito lesar os direitos alheios”*.

¹⁵⁶ SANTOS, Anderson. *Função Social da Propriedade Urbana: Regularização Fundiária*. São Paulo: Create, 2009, p. 114.

¹⁵⁷ CARVALHO SANTOS, J. M. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, (19-), v. 18, p. 41.

4.3. Direito de Vizinhança: o Uso Normal da Propriedade

O Código Civil, por meio de seu artigo 1.335, inciso I, prevê que ao condômino é assegurado o direito de usar, fruir e livremente dispor de sua unidade autônoma. Tal dispositivo legal tem como pilar de sustentação o artigo 1.228, caput, do referido diploma legal, que descreve de modo analítico as faculdades do proprietário, quais sejam: a de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e dispor (*jus disponendi*) da coisa, e reavê-la (*jus perseguendi*) do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

A faculdade de usar (*jus utendi*) consiste no aproveitamento direto de vantagens da coisa e de percepção de seus frutos ou produtos¹⁵⁸ para a satisfação das necessidades pessoais do proprietário. A faculdade de usar não pode sofrer interferência externa, oriunda de terceiros, desde que, é claro, o proprietário não a exerça de maneira ilícita, em total desatendimento à função social¹⁵⁹, ou seja, no exercício da faculdade de

¹⁵⁸ Os frutos e produtos são bens acessórios do bem principal. Os frutos diferenciam-se dos produtos na medida em que, enquanto os produtos são bens não renováveis cuja percepção esgota o bem principal, os frutos são periodicamente renováveis, não esgotando, portanto, em substância, o bem principal.

¹⁵⁹ O uso ilícito da propriedade ou que não atenda sua função social pode implicar na responsabilidade civil do proprietário, por abuso de direito, ou, até mesmo, em relação à ordem econômica e financeira, na desapropriação do imóvel, mais especificamente, na forma extraordinária, que vem como sanção (pena) em virtude da prática de alguma ilegalidade no uso da coisa. A desapropriação extraordinária pode ocorrer pelos seguintes motivos: a) **desobediência à função social da propriedade**; b) ou **em razão de tráfico ilícito de entorpecentes** (também chamada de desapropriação confisco ou confiscatória). A desapropriação em desobediência à função social da propriedade ocorre: i) por interesse social, para fins de reforma agrária (artigo 184 da CF); e ii) para cumprimento do plano diretor do município. Para fins de reforma agrária, a desapropriação decorrente de inobservância da função social da propriedade é de competência da União, somente atingindo os imóveis rurais (por isso também é chamada de desapropriação rural). Já para cumprimento do plano diretor do município, a desapropriação ocorrerá sempre que houver infração ao mesmo, ou seja, sempre que a propriedade não atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (artigo 182, par.2º e 4º, CF). Essa espécie de desapropriação (também chamada de urbana ou urbanística) é de competência exclusiva do Município e do DF (que tem competência somatória de Estado e de Município). Na desapropriação urbana, somente poderão sofrer essa espécie de desapropriação os imóveis urbanos; Já a desapropriação extraordinária em razão do tráfico ilícito de entorpecentes tem previsão no artigo 243 da CF, podendo ocorrer em relação aos terrenos utilizados para plantação do psicotrópico proibido (art.243, caput, CF), quando a área expropriada será destinada ao assentamento de colonos, para plantação de alimentícios ou medicamentosos, como em relação aos bens de valor econômico, apreendidos em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes (artigo 243, par. único, CF), quando os bens reverterão em benefício de instituições e pessoal especializado no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico. Para efeito dessa espécie de desapropriação, plantas psicotrópicas são aquelas que permitem a obtenção de substância entorpecente proscriita, elencadas no rol emitido pelo órgão sanitário competente do Ministério da Saúde, cujo cultivo depende da autorização de tal órgão, atendendo exclusivamente às finalidades terapêuticas e científicas. Caracteriza a cultura dessas plantas o preparo da terra destinada à semeadura, ao plantio efetivo ou à sua colheita. Compete à União tal desapropriação, onde a ação expropriatória deve seguir o procedimento judicial previsto na Lei 8.257/91, aplicando-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

usar, “*não deve buscar apenas o interesse pessoal, mas também o sentido transcendente do ideal*”¹⁶⁰.

O uso anormal da propriedade, segundo as regras do direito de vizinhança, permite que o proprietário ou possuidor de prédio vizinho cesse as interferências que lhe sejam prejudiciais, assim compreendidas quando ultrapassem os limites ordinários de tolerância (artigo 1.277 do Código Civil), pois o exercício do direito de propriedade não deve exceder as necessidades normais da vida cotidiana. Ora, é justamente a utilização reiteradamente inadequada da unidade autônoma condominial que faz nascer a figura do condômino antissocial.

Consagra-se, dessa maneira, o princípio da relatividade do direito de propriedade, ou, mais adequadamente, o da normalidade de seu exercício¹⁶¹, na medida em que ao proprietário ou possuidor só é lícito o uso regular do imóvel, sem abuso ou excesso na fruição de seus direitos. Assim, toda utilização que excede a normalidade, ou seja, os padrões comuns de uso da propriedade, erige-se em mau uso, e, como tal, pode ser impedida pelo vizinho, por anormal¹⁶².

O direito de propriedade exercido de maneira anormal, ou seja, nocivo à vizinhança, deixa de exercer sua função social e passa a caracterizar abuso de direito. Portanto, o fundamento das obrigações de vizinhança está no uso nocivo da propriedade ou no seu mau uso¹⁶³. Convém ressaltar que, para o direito de vizinhança, entende-se por vizinho, além dos prédios contíguos, todas as adjacências e imediações que possam ser atingidas por atos de prédios situados em seu arredor¹⁶⁴. Ademais, pela simples leitura do artigo 1.277, em comento, percebe-se que as normas de direito de vizinhança não amparam apenas o proprietário, mas também o possuidor, uma vez que ele também pode delas se socorrer em caso de interferências prejudiciais emanadas de terceiros.

¹⁶⁰ LIPOVETSKY, Gilles, op. cit., p. 5.

¹⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 30.

¹⁶² CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda, op. cit., p. 11.

¹⁶³ FULGÊNCIO, Tito. *Direitos de vizinhança. Limites de prédios*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 13.

¹⁶⁴ QUAGLIOZ, Flaviano. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7, p. 160.

Trata-se da teoria do uso normal da coisa própria, que tem como pilar de sustentação a ideia de que o exercício do direito de propriedade não deve, de forma alguma, ultrapassar os limites das exigências normais do cotidiano, ou seja, as interferências anormais são vedadas, não se admitindo sua persistência, de modo a tornar insuportável a permanência no imóvel vizinho.

Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização e localização do prédio, devendo ser atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança (artigo 1.277, parágrafo único, do Código Civil).

Podemos aferir, dessa maneira, que o binômio (natureza + localização) deve servir de norte ao intérprete para caracterização, ou não, do uso normal da propriedade¹⁶⁵. Entretanto, o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais não prevalecerá quando estas forem justificadas pelo interesse público (artigo 1.278 do Código Civil).

Adota-se, portanto, na coexistência de direitos contrastantes, o critério da normalidade para aferir questões de vizinhança, sempre em conjunto com o interesse público. Segundo Washington de Barros Monteiro, “*o que não excede os limites da anormalidade entra na categoria dos encargos ordinários da vizinhança*”¹⁶⁶.

Conforme aponta San Tiago Dantas, três são os pontos fundamentais de tal teoria: a coexistência de direitos; a supremacia do interesse público; e a normalidade como critério de tolerabilidade. E, prossegue afirmando: “*para saber se os atos de onde derivam os incômodos devem ser mantidos ou cessados, tem o juiz de indagar se eles entram naquela esfera de poder do proprietário, onde toda interferência é capaz de desfigurar o seu direito, ou se pelo contrário são daqueles que representam uma utilização excepcional da coisa, cuja proibição reduz, mas não destrói os seus benefícios; e ainda aqui não são as exigências, os interesses, as predileções de um certo proprietário, que serão por ele*

¹⁶⁵ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. In: DELGADO, Mario Luiz; Alves, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7, p. 202.

¹⁶⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 3, p. 138.

*levadas em conta, mas os do proprietário médio, ou por outra, do proprietário, abstração feita das particularidades deste ou daquele indivíduo que possa assumir tal condição”*¹⁶⁷.

José de Oliveira Ascensão¹⁶⁸ muito bem colaciona que no direito de vizinhança impera um princípio autônomo, qual seja: o princípio da preservação do equilíbrio imobiliário, onde o proprietário se vê marcado por uma intervenção ativa da função social da propriedade. Nas relações de vizinhança há a necessidade de se equilibrar a utilização das faculdades inerentes ao direito de propriedade que importe em abuso para com a função social da propriedade¹⁶⁹.

O equilíbrio, portanto, é latente no critério da normalidade, cabendo ao juiz assegurar a coexistência das propriedades, equilibrando o exercício de uma e de outra. Se assim não fosse, ou seja, se os proprietários pudessem invocar uns em face dos outros “*seu direito absoluto e ilimitado, não poderiam praticar qualquer direito, pois as propriedades se aniquilariam no entrechoque de suas várias faculdades*”¹⁷⁰.

O juiz, verificando que os incômodos são normais, determinará que os tolerem. Entretanto, verificando serem desmedidos, adentrando a esfera da anormalidade, deverá verificar se a supremacia do interesse público legitima o uso excessivo. Se sim, deverá observar se são prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos vizinhos, quando inutilizará o imóvel prejudicado, fixando indenização ao proprietário. Do contrário, ou seja, se o interesse público não legitima o uso demasiado, o juiz determinará o imediato cessar.

Nunca é demais ressaltar que a faculdade de usar deve ser de fato exercida pelo proprietário, em consonância à função social, não lhe sendo conferido direito ao não-uso, pois, em especial atenção à função social da propriedade, a não utilização pode, até mesmo, caracterizar abandono do imóvel, seja urbano ou rural, passível de perda do direito

¹⁶⁷ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 102.

¹⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7, p. 37.

¹⁶⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil. Parte especial: do direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 15, p. 10.

¹⁷⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 135.

de propriedade, nos exatos termos dos artigos 1.275 e 1.276 do Código Civil. Para Francisco Eduardo Loureiro, com quem concordamos plenamente, tais preceitos são a “*pá de cal na ideia clássica de que uma das prerrogativas do proprietário é a de não usar o bem*”¹⁷¹.

Pois bem, diretamente ligada à faculdade de usar, a de gozar (*jus fruendi*) consiste em impulsionar a atividade que propiciará ao proprietário, em momento futuro, obter vantagens da coisa e de perceber os seus frutos ou produtos (ou seja, usar da coisa).

A faculdade de dispor da coisa (*jus abutendi*) consiste na possibilidade de o proprietário criar, modificar ou extinguir relação jurídica de cunho obrigacional, a título oneroso ou gratuito, modificando a propriedade da coisa, ou seja, sua titularidade, de maneira voluntária. A disponibilidade é uma das faculdades inerentes ao proprietário ou titular do domínio, já que a ninguém é dada a faculdade de dispor daquilo que não tem (*nemo dat quod non habet*). A modificação da propriedade e, sua consequente disposição, também poderá ocorrer de forma forçosa, neste caso, na medida em que houver alienação judicial para satisfação de crédito alheio.

Por fim, o direito de reaver a coisa (*jus reivindicandi*), ou direito de sequela, consiste no direito de perseguir a coisa contra quem quer que injustamente a possua ou detenha. Trata-se, portanto, do último poder inerente ao proprietário.

4.4. O Abuso do Direito de Propriedade

Em que pese a existência de poderes inerentes à propriedade, o exercício deste direito é mitigado pelos próprios parágrafos 1º e 2º do artigo 1.228, exigindo que este seja exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, evitando-se a poluição do ar e das águas, proibindo que o proprietário pratique atos que não tragam a si qualquer comodidade ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

¹⁷¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 183.

Carlos Alberto Dabus Maluf, de maneira irretocável, aponta que tais dispositivos procuraram fazer aflorar no homem comum o exercício da cidadania, impondo observações de caráter social ao direito de propriedade¹⁷².

Somam-se a tais valores, a fim de satisfazer com plenitude a função social da propriedade, aqueles tutelados pela Constituição Federal, em especial, a dignidade da pessoa humana. Desta forma, além das faculdades inerentes ao domínio, o princípio da função social da propriedade insere o interesse social, que pode, até mesmo, não coincidir com os interesses do proprietário.

O parágrafo 2º, do citado artigo 1.228, do Código Civil, consagra a noção clássica de abuso do direito, que veda a prática de atos emulativos, ou seja, atos desprovidos de qualquer utilidade ou comodidade, que tenham por escopo a intenção de prejudicar outrem (*animus nocendi*), gerando alguma externalidade negativa¹⁷³.

O abuso do direito manifesta-se na grave oposição à função social do direito, isto é, no fato de se exceder o uso normal do direito, servindo-se dele egoisticamente, e não socialmente, ou seja, o ato abusivo enquadra-se na descrição do direito, mas desrespeita a função deste. Ora, o direito não pode ser convertido em uma arma para atacar terceiros¹⁷⁴.

Parece-nos, salvo melhor juízo, que não haveria sequer necessidade de se explicitar que os atos emulativos vulneram a relação de propriedade, por inobservância da função social. Dessa maneira, resta ao dispositivo legal em comento, a nosso ver, a finalidade precípua de realçar e sancionar o mau comportamento¹⁷⁵.

O fato é que, se o titular de um direito, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, cometerá ato ilícito, nos termos do artigo 187 do Código Civil.

¹⁷² MALUF, Carlos Alberto Dabus. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7, p. 71.

¹⁷³ PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 287-288.

¹⁷⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7, p. 26.

¹⁷⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 179.

O citado artigo 187, ao inserir o termo “manifestamente”, reforçou a ideia de que apenas condutas ostensivamente violadoras podem e devem ser impugnadas como abusivas. José de Oliveira Ascensão, de maneira inteligível, esclarece que tal reforço legal é de todo justificado, haja vista que *“não se pode introduzir na sociedade uma litigiosidade global, que traria mais danos que os males que se pretendem corrigir. Se quaisquer condutas humanas fossem suscetíveis de impugnação e, portanto, de controle, a existência social tornar-se-ia impossível, porque todos estariam permanentemente em guerra com todos. Acabaria por trazer a judicialização da vida corrente, o que sociedade nenhuma está em condições de suportar”*¹⁷⁶.

Portanto, não é qualquer excesso no exercício dos direitos que levará à configuração da hipótese de abuso do direito. A exigência legal, por uma questão mesmo de segurança jurídica e de preservação da autonomia privada, é a de que o abuso deve ser manifesto, de forma que a intromissão no controle do exercício dos direitos não deve ser tão cerrada¹⁷⁷.

Neste ponto, cabe analisar e precisar quais as consequências que podem advir do abuso do direito, ou seja, do desrespeito ao comando normativo contido no artigo 187 do Código Civil. Noutras palavras, indaga-se: qual a penalidade a ser imposta ao titular de um direito, quando este ultrapasse manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim econômico e social do direito?

Daniel M. Boulous¹⁷⁸ aponta que alguns elementos funcionam como agravantes do problema, quais sejam: o fato de a norma estar estrategicamente na Parte Geral do Código; a circunstância de ela consubstanciar verdadeira cláusula geral; e, por fim, de ela consagrar princípios dos mais elementares do Direito Civil e do Direito em geral.

Quanto ao primeiro dos elementos, a norma do artigo 187 do Código Civil foi inserida em artigo da Parte Geral do referido diploma, abrindo-se campo, dessa maneira, para inúmeras sanções que podem, em tese, ser aplicadas. No tocante ao segundo dos

¹⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7, p. 31.

¹⁷⁷ BOULOS, Daniel M., op. cit., p. 165.

¹⁷⁸ Idem. Ibidem, p. 193.

elementos, tratando-se de cláusula geral, o legislador não apontou, de maneira expressa, quais as consequências que o abuso do direito pode ensejar. Por fim, no que concerne ao terceiro elemento, a norma em comento tem nítido caráter geral e, ao fazer menção aos bons costumes e à boa-fé, consagra, positivando, dois princípios importantíssimos para o Direito em geral, tendo ambos especial relevo para o Código Civil, ao lado do princípio da eticidade, que norteou o legislador.

Ora, assim sendo, devemos reconhecer que não se mostra possível estabelecer um rol exaustivo de consequências, até porque, conforme visto, não foi este o intuito do legislador. Podemos apenas apontar algumas delas, sem prejuízo de outras que doutrina e jurisprudência encontrem na aplicação da norma. A sanção a ser aplicada ao proprietário pela prática do ato abusivo variará conforme o caso concreto.

Podemos apontar, como primeira e mais comum consequência, a responsabilidade civil, com a obrigação de reparar o dano (artigo 927, caput, do Código Civil), desde que presentes os requisitos para tanto, quais sejam: sujeito ativo titular de um direito subjetivo; o exercício deste direito mostre-se clamorosamente excessivo quando considerados seus limites legais; e, por fim, que tal exercício cause à vítima uma lesão em sua esfera jurídica patrimonial e/ou moral. Presentes tais requisitos, a responsabilidade civil resta-se configurada, cabendo ao titular do direito a composição dos danos causados.

Contudo, os efeitos jurídicos do abuso do direito não se limitam apenas à reparação do dano. Do abuso do direito, outras consequências podem e devem surgir, tal como a concessão de tutela específica, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (artigo 461 do Código de Processo Civil), a exemplo de imposição de impedimento de atividade nociva e remoção de pessoas e coisas, se necessário com requisição de força policial (artigo 461, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil).

Dessa maneira, parece-nos inquestionável que, diante da diversidade de casos em que o abuso pode se configurar, o efeito deste não pode ser fixado de forma igual para

todas as situações. A variedade de sanções corresponde à variedade de formas de que o ato abusivo pode se revestir¹⁷⁹.

Pois bem, já o parágrafo 4º, do mesmo artigo 1.228, do Código Civil, em tom inovador, objetivando a satisfação da função social da propriedade, prevê a possibilidade de o proprietário se ver privado de seu direito quando este consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços que venham a ser considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Miguel Reale aponta que referido instituto trata-se de novidade de longo alcance, inspirada na funcionalização social do direito de propriedade, “*implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse-trabalho*”¹⁸⁰. Ora, o proprietário que não atribui à propriedade uma destinação social adequada ingressa em rota de colisão com as funções a ela destinadas no direito privado e constitucional, praticando ilegalidade, na modalidade de abuso de direito¹⁸¹.

Na esteira de Francisco Eduardo Loureiro, o preceito acima se apresenta como modelo mais perfeito de efetividade do princípio constitucional da função social da propriedade, pois demonstra a exata conformação da propriedade ao bem-estar social¹⁸².

Conclui-se que, a legislação, ao vincular o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, almeja a persecução da tutela constitucional da função social¹⁸³, insculpida no inciso XXIII, do artigo 5º, de nossa Carta Magna, já que esta condicionou a própria atribuição do direito de propriedade ao atendimento da função social.

¹⁷⁹ BOULOS, Daniel M., op. cit., p.198.

¹⁸⁰ REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 82.

¹⁸¹ BARROSO, Lucas Abreu. *Hermenêutica e Operabilidade dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil*. Revista de Direito Privado, n. 21. São Paulo: RT, 2005, p.134.

¹⁸² LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 180.

¹⁸³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 324.

4.5. O Conteúdo Jurídico da Função Social da Propriedade

No atual cenário do direito de propriedade, posições antagônicas buscam a explicação do conteúdo jurídico de sua função social. Há autores¹⁸⁴ que defendem a ideia segundo a qual, se a propriedade apresenta uma função social, e não resta dúvida de que apresenta, significa dizer que a propriedade relaciona-se com um fim externo a ela, ou seja, a propriedade deve refletir o interesse social, direcionando-se, sempre, em seu sentido. Dessa maneira, o exercício do direito de propriedade e o interesse social devem estar sempre caminhando lado a lado.

Para tal linha de pensamento, a função social da propriedade tem o condão de limitar o exercício do direito de propriedade, orientando a forma pela qual deve ser exercido. Ao limitar o exercício do direito de propriedade, a função social impõe um comportamento negativo ao proprietário, a fim de que este não ultrapasse os limites que impliquem no uso abusivo da propriedade, exigindo que o mesmo exerça seu direito de propriedade de modo a melhor aproveitar seu uso.

Como limitação ao direito de propriedade, a função social pode ser encarada como verdadeira redução deste direito, diminuindo as prerrogativas estabelecidas em prol de seu titular, estabelecendo os limites de licitude do exercício legítimo do direito. Esta corrente encara o direito de propriedade como direito subjetivo, o qual somente pode ser mitigado por limites a ele externos, sob pena de ter sua liberdade, constitucionalmente garantida, reduzida.

Todavia, conforme muito bem expõe Gustavo Tepedino, a liberdade não é o único princípio a que todos os outros devam render homenagem. O ordenamento jurídico não é composto apenas por um único princípio, mas sim por um conjunto deles, que devem ser levados em consideração a cada caso concreto. Ora, a liberdade não pode ser considerada como insuscetível ao controle constitucional, como verdadeira “*zona franca de atuação da liberdade privada*”¹⁸⁵. Portanto, em que pese a louvável linha de pensamento, aderimos à corrente segundo a qual “*a função social é princípio*

¹⁸⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 195.

¹⁸⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III, p. 36-37.

constitucional inserto na estrutura mesma da concepção e do conceito de propriedade". Elemento modificativo da propriedade, a função social condiciona a legitimidade de sua atribuição, colocando-a a serviço do desenvolvimento social¹⁸⁶.

A nosso ver, aderindo à linha de raciocínio de parte da doutrina¹⁸⁷, a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, pois estas se referem ao proprietário, ao passo que aquela diz respeito à propriedade.

A função social, desta forma, não é mero acidente da propriedade, ou seja, algo circunstancial, ao contrário, é uma dimensão de sua própria essência. "*A propriedade é um direito humano em que a função social, como uma dimensão de sua própria essência, funciona ou é tão essencial quanto o coração para a vida do homem*"¹⁸⁸. Ora, a função social da propriedade integra a própria estrutura e conteúdo da propriedade, ou seja, é descoberta no aspecto interno da propriedade, não mais podendo ser vista como mera limitação ou restrição externa e estranha ao instituto¹⁸⁹.

Isto porque, a função social é um poder-dever do titular da relação jurídica, que deve dar à propriedade destino certo, de modo a vinculá-la ao interesse coletivo. Nos dizeres de José Diniz de Moraes, a função social da propriedade "*não é senão o concreto modo de funcionar a propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposição de obrigações, encargos, limitações, restrições, estímulos ou ameaças, para satisfação de uma necessidade social, temporal e especialmente considerada*"¹⁹⁰.

Portanto, a função social não é algo exterior à propriedade, mas elemento integrante de sua própria estrutura, verdadeira característica do próprio direito e de seu exercício, compondo o conteúdo da relação jurídica¹⁹¹. Assim sendo, não mais se concebe,

¹⁸⁶ MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 245.

¹⁸⁷ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7, p. 263.

¹⁸⁸ MESQUITA, Luis José de; LIMA, Alceu Amoroso. *Comentários às Encíclicas Sociais de João XXIII*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963, v. 1 e 2, p. 25.

¹⁸⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 3.

¹⁹⁰ MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111.

¹⁹¹ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1990, v. 309, p. 30.

ante os interesses e valores coletivos trazidos pela Constituição Federal, a subsistência de um direito de propriedade “*com conteúdo mínimo inatingível, vez que a função social constitui elemento interno do direito subjetivo do proprietário*”¹⁹².

Uma vez admitido que o direito de propriedade não mais é absoluto, ou seja, que não mais há um conteúdo mínimo intangível, afasta-se por completo a ideia de função social como mero limite externo de seu exercício.

A divergência a respeito da natureza jurídica da função social, se externa ou interna à relação jurídica, não é inócua, vazia, produzindo efeitos diversos, a depender da posição adotada. Ora, se encarada como limitação externa, é porque, salvo melhor juízo, a propriedade permanece tida como direito subjetivo, apenas limitado pela função social. Neste caso, como as limitações à propriedade são sempre impostas por lei, o Poder Legislativo resta-se investido do poder de traduzir a norma constitucional, que passa a ter mera natureza programática, provocando uma subversão do ordenamento jurídico, onde a Constituição Federal passa a ser interpretada à luz da norma infraconstitucional.

Parece-nos que a adoção deste posicionamento, em que pese o brilhantismo daqueles que o defendem, representa verdadeiro retrocesso ao conceito de propriedade, à época em que era visto com absolutismo, ignorando por completo a mudança havida ao longo dos tempos. E mais, entra-se em rota de colisão com a contemporânea visão do direito civil, subvertendo o ordenamento jurídico, vez que se passa a interpretar a Constituição Federal à luz das normas de hierarquia inferior, e não estas em conformidade com aquela, o que paira o absurdo.

Do contrário, todavia, se vista como relação jurídica complexa, onde a propriedade contém não só direitos, mas também deveres, a função social forma o próprio conteúdo do instituto, onde as limitações que dela decorrem encontram-se na natureza mesma do objeto do direito de propriedade.

Como componente do próprio instituto do direito de propriedade, a função social, “*como fator determinante do comportamento proprietário, é fonte de estímulos e*

¹⁹² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III, p. 183.

*sanções de determinadas condutas socialmente relevantes, trazendo consigo obrigações positivas e negativas, limitadoras e impulsionadoras”*¹⁹³.

4.6. A Função Social da Propriedade como Meio de Desenvolvimento da Política Urbana, Agrícola e Fundiária

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em estabelecer regras específicas de atuação do princípio da função social da propriedade. O artigo 182, disciplinando a política de desenvolvimento urbano, que é executada pelo Poder Público municipal, prevê que a mesma tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, garantindo o bem-estar de seus habitantes, estabelecendo expressamente, em seu parágrafo 2º, que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Positivou-se a ideia de que o instituto jurídico da propriedade é elemento fundamental para a implementação de uma política urbana que atenda aos anseios e necessidades da coletividade. Ora, a função social da cidade fundamenta a função social da propriedade urbana. Na medida em que as áreas urbanas livres encontram-se cada vez mais escassas, a propriedade necessita, como nunca, cumprir a sua função social, sob pena de se instaurar o caos urbano¹⁹⁴.

Impende observar que, ainda que determinadas cidades não possuam referido plano diretor, já que obrigatório apenas para aquelas com mais de vinte mil habitantes (parágrafo 1º, do artigo 182, da Constituição Federal), a propriedade urbana, ainda assim, estará sujeita à função social, seja por meio de restrições legais e administrativas, seja pela natureza mesma do objeto da relação proprietária.

Dessa maneira, a própria Constituição Federal (parágrafo 4º, do artigo 182) faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica, exigir do proprietário que cumpra com a função social da propriedade, promovendo seu adequado aproveitamento,

¹⁹³ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 127.

¹⁹⁴ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo, op. cit., p. 259-260.

sob pena, progressiva, de: parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e, por fim, como medida mais drástica, desapropriação da propriedade.

Outro instituto jurídico instituído pela Constituição Federal (artigo 183), a par de dar efetividade à função social da propriedade urbana, favorecendo aquele que a usa de maneira escoreita, de acordo com os interesses da própria coletividade, e não apenas individuais, é a usucapião especial urbana, que prevê a aquisição do domínio de área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, para aquele que a possuir por cinco anos ininterruptos e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A Lei 10.257/01, denominada de Estatuto da Cidade, veio regulamentar os citados artigos constitucionais 182 e 183, estabelecendo normas de ordem pública e de interesse social, de modo a regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental, a fim de evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, incompatíveis ou inconvenientes com o interesse coletivo; o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; a deterioração das áreas urbanizadas; a poluição e a degradação ambiental; e a exposição da população a riscos e desastres (artigo 2º, inciso VI).

Na linha de Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, o Estatuto da Cidade, aliado ao advento do Código Civil de 2002, provocou o nascimento de um saudável diálogo entre ambos, voltados à preocupação de se atribuir à propriedade sua verdadeira função social¹⁹⁵.

Constata-se, dessa maneira, substancial mudança no processo urbanístico, migrando do particular para o Poder Público municipal, deixando a cidade de representar um conjunto de interesses individuais dos proprietários, passando a espelhar uma

¹⁹⁵ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo, op. cit., p. 259.

realização coletiva, atingindo toda a população, garantindo-se, segundo Ricardo Pereira Lira, o direito à cidade dos não-proprietários¹⁹⁶.

E, assim sendo, ou seja, não verificada a plena observação do interesse coletivo na utilização da área urbana, o Poder Público municipal poderá compelir o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado¹⁹⁷ ou não utilizado, em um primeiro momento, ao seu parcelamento ou à sua edificação ou utilização compulsórios, fixando prazos para implementação da obrigação, que será de um ano a partir da notificação¹⁹⁸ do proprietário, a fim de que protocole o projeto no órgão municipal competente, ou dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento, averbando-se a notificação junto ao registro imobiliário competente. Não é por demais lembrar que, tanto o parcelamento como a edificação e a utilização compulsórios deverão ser realizados de acordo com o disposto no plano diretor do município, e não ao livre arbítrio do proprietário.

O legislador, com acertado zelo, fixou prazo razoável à regularização da área urbana, e, ao determinar a averbação da notificação junto ao registro imobiliário, conferiu autenticidade, eficácia, segurança e publicidade da situação jurídica do imóvel a terceiros que venham a adquiri-lo¹⁹⁹, já que os serviços notariais e de registro são de organização técnica e administrativa destinados justamente a garantir tais requisitos aos atos jurídicos (artigos 1º das Leis 6.015/73 e 8.935/94).

Porém, em caso de descumprimento dos prazos e condições impostos ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, o Poder Público municipal poderá aplicar alíquota progressiva no tempo para o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), pelo prazo de cinco anos consecutivos, respeitada a alíquota máxima de 15%, sendo vedada, inclusive, a concessão de isenções ou anistia

¹⁹⁶ LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 159.

¹⁹⁷ Considera-se subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente (artigo 5º, parágrafo 1º, da Lei 10.257/01).

¹⁹⁸ A notificação far-se-á por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel, ou, no caso de ser esta pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração. Quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação do proprietário, far-se-á por edital (artigo 5º, parágrafo 3º, incisos I e II, da Lei 10.257/01).

¹⁹⁹ A transmissão do imóvel, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, sem interrupção de quaisquer prazos (artigo 6º, da Lei 10.257/01).

relativas à tributação progressiva (artigo 7º, da Lei 10.257/01). Trata-se de mais uma sanção constitucional, regulamentada pelo Estatuto da Cidade, a ser aplicada ao mau proprietário²⁰⁰.

Se ainda assim persistir a não edificação, subutilização ou não utilização da área urbana, decorridos cinco anos de cobrança do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, o Poder Público municipal poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública (artigo 8º, da Lei 10.257/01). Para tal desapropriação, não há previsão de procedimento específico, seguindo-se, portanto, a previsão do Decreto-Lei 3.365/41. No tocante ao aproveitamento do imóvel, esse se dará pelo próprio Poder Público municipal, ou então por meio de alienação ou concessão a terceiros, sempre precedida de procedimento licitatório²⁰¹.

Trata-se da denominada desapropriação sancionatória ou extraordinária (em razão da forma de indenizar, por meio de títulos da dívida pública), tendo como fundamento precípua a prática de uma ilegalidade reiterada, decorrente de um interesse social legítimo cumulado, com o descumprimento da função social da propriedade²⁰², ganhando, conseqüentemente, traços de verdadeira pena ao abuso de direito²⁰³.

Portanto, o Estatuto da Cidade traz medidas gradativas para que se cumpra a função social da propriedade, observando o plano diretor do município, ou seja, não prevê de plano para a área urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, a sua desapropriação, sendo que esta é a última instância como pena, ou seja, é a sanção mais drástica em razão do não atendimento à função social da propriedade. Ora, o uso da propriedade urbana contrário aos interesses coletivos caracteriza desrespeito à função social da propriedade, infringindo o plano diretor do município, sujeitando o proprietário, em última instância, à perda da propriedade.

Mas não é só. O artigo 184 da Constituição Federal, normatizando a política agrícola e fundiária da reforma agrária, permite que a União desaproprie por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função

²⁰⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 132.

²⁰¹ MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5. ed, rev. e ampl. Niterói: Impetus, 2011, p. 879.

²⁰² MARINELA, Fernanda, op. cit., p. 878.

²⁰³ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 134.

social. Esta, por sua vez, é verificada, segundo artigo 186 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 8.629/93 (artigo 9º), quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, os seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. O dispositivo condiciona o gozo individual dos proprietários aos anseios dos não proprietários.

A Carta Magna, por meio de seu artigo 191, ainda com o escopo de dar efetividade à função social da propriedade rural, favorecendo aquele que a usa de maneira escorreita, de acordo com os interesses da própria coletividade, e não apenas individuais, instituiu a denominada usucapião especial rural, prevendo a aquisição do domínio de área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, para aquele que a possuir como sua, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, tornando-a produtiva por ser trabalho ou de sua família, tendo nela fixado sua moradia, desde que não seja proprietário de outro imóvel rural ou urbano.

A desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, tem seus objetivos fixados na Lei 4.504/64, denominada de Estatuto da Terra, que traçou como finalidades: condicionar o uso da terra à sua função social; promover a justa e adequada distribuição da propriedade; obrigar a exploração racional da terra; permitir a recuperação social e econômica de regiões; estimular pesquisas pioneiras, experimentação, demonstração e assistência técnica; efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais; incrementar a eletrificação e a industrialização no meio rural; facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias (artigo 18).

Assim sendo, a propriedade rural ficará sujeita à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, caso não observada a função social, excluindo-se dessa modalidade a pequena e média propriedade, desde que seu proprietário não possua outra, assim como a propriedade produtiva (artigo 185, I e II, da Constituição Federal). A indenização pela desapropriação será prévia e justa, realizada por meio de títulos da dívida

agrária, sendo, as benfeitorias úteis e necessárias, entretanto, indenizadas em dinheiro (artigo 184, parágrafo 1º, da Constituição Federal).

No tocante à propriedade produtiva estar imune à desapropriação, cumpre ressaltar que o termo “produtiva” deve ser interpretado de maneira sistemática com os demais princípios constitucionais, não possuindo significado única e exclusivamente econômico, pois, ainda que seja produtiva, se não atender aos demais requisitos da função social, deverá dar ensejo à desapropriação²⁰⁴. Assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa a seguir transcrita, *in verbis*: “*Administrativo. Desapropriação para fins de reforma agrária. Suspensão do processo expropriatório. Medida Cautelar pelo juiz singular. Possibilidade. Conceito de função social que não se resume à produtividade do imóvel. Descumprimento da função social não reconhecida pela corte de origem. Matéria probatória. Súmula 7/STJ*” (Agravio Regimental no Recurso Especial 1138517-MG, publicado no DJE em 01/09/2011)²⁰⁵.

Com o intuito de alcançar e incentivar a plena observação da função social da propriedade, a própria Constituição Federal premia, por meio da redução de impostos, o titular da relação jurídica do direito de propriedade que pratica condutas positivas, de modo

²⁰⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., 139.

²⁰⁵ “Entendeu o Tribunal de origem que os recorridos não atacaram o decreto expropriatório, mas sim atos administrativos outros que podem ser sustados para impedir a edição e publicação de Decreto Presidencial. Assim, são inaplicáveis os arts. 1º, § 1º, da Lei n. 8.437/92 e 1º da Lei n. 9.494/97, que vedam a concessão de medidas cautelares ou antecipatórias que objetivem a impugnação de ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal. Nos moldes em que foi consagrado como um Direito Fundamental, o direito de propriedade tem uma finalidade específica, no sentido de que não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio destinado a proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais. Enquanto adstrita a essa finalidade, a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre a sua função individual. Em situação diferente, porém, encontra-se a propriedade de bens que, pela sua importância no campo da ordem econômica, não fica adstrita à finalidade de prover o sustento do indivíduo e o de sua família. Tal propriedade é representada basicamente pelos bens de produção, bem como, por aquilo que exceda o suficiente para o cumprimento da função individual. Sobre essa propriedade recai o influxo de outros interesses – que não os meramente individuais do proprietário – que a condicionam ao cumprimento de uma função social. O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade em um poder-dever. Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. É o que se observa, por exemplo, no art. 185, II, da CF. Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna. Há, conforme se observa, uma nítida distinção entre a propriedade que realiza uma função individual e aquela condicionada pela função social. Enquanto a primeira exige que o proprietário não a utilize em prejuízo de outrem (sob pena de sofrer restrições decorrentes do poder de polícia), a segunda, de modo inverso, impõe a exploração do bem em benefício de terceiros. Assim, nos termos dos arts. 186 da CF, e 9º da Lei n. 8.629/1993, a função social só estará sendo cumprida quando o proprietário promover a exploração racional e adequada de sua terra e, simultaneamente, respeitar a legislação trabalhista e ambiental, além de favorecer o bem-estar dos trabalhadores”.

a satisfazer a função social, já que determina a fixação da alíquota do imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) de forma a desestimular a manutenção de propriedade improdutiva (artigo 153, parágrafo 4º, I), e a fixação diferenciada da alíquota do imposto sobre a propriedade territorial e predial urbana (IPTU), de acordo com o uso do imóvel (artigo 156, parágrafo 1º, II).

Para alcançar objetivos traçados, consubstanciados na promoção de certas atividades ou comportamentos, a Carta Magna propõe vantagens individuais aos destinatários da norma jurídica, por meio de incentivos fiscais. Conforme afirma Norberto Bobbio, trata-se da denominada “*função promocional do direito*”²⁰⁶.

Observa-se, portanto, por meio dos referidos dispositivos constitucionais e legais, acima pormenorizados, a determinação de comportamentos positivos aos proprietários, com a imposição de inúmeros deveres, sempre com o intuito da plena satisfação da função social, o que a torna elemento intrínseco do direito de propriedade, ou seja, ligado à sua estrutura interna, já que impensável a imposição de condutas no regime tradicional da propriedade, vista como direito subjetivo, e sujeita apenas a limitações externas de abstenção, ou de obrigações de não fazer²⁰⁷.

4.7. A Perda da Tutela Jurídica da Propriedade

Perfeitamente traçado o diálogo entre a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto da Cidade, indubitável que a propriedade deverá sempre ser utilizada a serviço do pleno desenvolvimento do bem coletivo²⁰⁸.

A imposição de interesses sociais no elemento funcional provoca, por via reflexa, uma reestruturação do direito de propriedade²⁰⁹. Dessa maneira, frise-se, sendo encontrada no aspecto interno da propriedade, a função social exige que seu uso e gozo se

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 63.

²⁰⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 129.

²⁰⁸ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo, op. cit., p. 261.

²⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. *Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 6, 2001, p. 162.

deem de modo a atender a um fim social legítimo, sob pena, em última análise, de seus titulares se verem privados, até mesmo, de seus próprios direitos dela decorrentes.

Em suma, relatamos acima que a não observância da função social da propriedade pode ensejar, até mesmo, a falta de reconhecimento e tutela do direito de propriedade, sancionando o mau comportamento proprietário. Parece soar de maneira óbvia, que qualquer infração à função social da propriedade, através de condutas reprováveis de seus proprietários, merece ausência total de amparo do ordenamento jurídico. Luiz Edson Fachin relata que “*a função social da propriedade corresponde a uma formulação contemporânea de legitimação do título que encerra a dominialidade*”²¹⁰.

Entretanto, a questão não é tão fácil quanto parece, podendo, se não analisada de forma cautelosa e prudente, propiciar interpretações equivocadas, senão vejamos:

A Constituição Federal previu, conforme visto, mecanismos gradativos de sanção ao mau uso da propriedade, como a edificação e parcelamento compulsórios, imposto sobre a propriedade territorial e predial urbana (IPTU) progressivo no tempo e, por fim, como medida extrema, a desapropriação. Ora, apesar de a Constituição Federal, tampouco a legislação ordinária, não haver previsto formas diversas de sanção, é assente a possibilidade de utilização de outros meios jurídicos, que se mostrem adequados ao caso concreto, quando os mecanismos expressamente previstos mostrarem-se ineficazes.

Entretanto, como harmonizar o rol exemplificativo das sanções ao mau proprietário com a afirmação de perda da tutela jurídica da propriedade que não cumpre com sua função social, se a Constituição Federal nada dispôs a respeito do tema?

De maneira clara, Francisco Eduardo Loureiro²¹¹ afirma que o próprio termo “tutela” é vasto, compreendendo, por exemplo, a autodefesa e os remédios processuais aptos à defesa de direitos decorrentes da relação proprietária. Assim sendo, indaga-se: a não observância da função social impede que o proprietário intente qualquer medida legal

²¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional*. São Paulo: RT, 1996, v. 723, p. 107.

²¹¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., 146.

contra ações arbitrárias dos não-proprietários? O mau proprietário encontra-se em total desamparo legal, até mesmo no tocante às ações possessórias?

Parece-nos que não. O proprietário, ainda que sua propriedade não atenda à função social, poderia praticar alguns atos que visem à tutela da posse, como a autotutela, por meio do desforço imediato, e as ações possessórias, a fim de ser mantido na posse em caso de turbação, restituído em havendo esbulho, e segurado de violência iminente, se houver justo receio de ser molestado.

Ainda que o interesse daquele que turbou ou esbulhou seja legítimo, tendo por intuito o cumprimento da função social, não se pode ignorar o princípio constitucional do devido processo legal, assim como todos os outros princípios que dele decorrem, a exemplo do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, sem falar, é claro, da possibilidade, em tese, de caracterização do ilícito penal de exercício arbitrário das próprias razões²¹² (artigo 345 do Código Penal), já que haveria usurpação de prerrogativa do magistrado²¹³. Ora, a inafastabilidade do Poder Judiciário é princípio inserto na Constituição Federal, portanto, somente ela própria poderia prever hipóteses de exceção, o que não o fez em relação ao mau proprietário.

Francisco Eduardo Loureiro muito bem expõe que “*não há como conferir ao particular a prerrogativa de decidir, por critérios subjetivos e como juiz das próprias razões, qual relação proprietária não cumpre sua função social, quem vai tomá-la do titular e dela beneficiar-se e qual o destino a ser dado ao bem*”²¹⁴.

Nessa vereda, podemos concluir que, a ausência de conjugação da função social provoca sim falta de tutela do direito de propriedade, o que não significa dizer que o mau proprietário encontra-se completamente impedido de propor medidas judiciais buscando a tutela jurídica adequada, quando ilegítimas forem as ações voltadas à sua

²¹² O tipo penal de exercício arbitrário das próprias razões tem como objeto a conduta de fazer justiça com as próprias mãos. O agente, a pretexto de realizar interesse próprio ou alheio, arbitrariamente emprega os meios necessários para tanto, a exemplo da violência, grave ameaça, fraude etc, ignorando o monopólio estatal na administração da justiça, passando-se por juiz, decidindo de acordo com sua pretensão. Para caracterização do delito, necessário se faz que a pretensão seja legítima, ou seja, assentada em um direito, ou, ao menos, revestida de legitimidade.

²¹³ CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal para concursos*. 4. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 621.

²¹⁴ LOUREIRO, Francisco Eduardo, op. cit., p. 147.

propriedade. A falta de tutela jurídica da propriedade possibilita que o mau proprietário se veja privado, até mesmo, de certas faculdades inerentes ao direito de propriedade, porém, desde que a situação concreta assim o exija, e desde que utilizadas as formas legais prescritas, observando-se, sempre, o devido processo legal.

4.8. Conclusão

Por meio do raciocínio acima desenvolvido, parece-nos indubitável a nova dimensão dada à propriedade, já sem qualquer vínculo com o conceito de outrora, quando era tida como direito absoluto, incapaz de sofrer violação. Hodiernamente, inconcebível é conceituar o direito real de propriedade sem que se efetue qualquer elo com a sua função social, já que se trata de elemento estruturante de seu próprio conceito. O direito de propriedade, portanto, como relação jurídica complexa, não obstante a guarida constitucional a ele dada, não é intocável, passível de sanção se não observada a função social a ele imposta.

A propriedade privada sofre verdadeira mutação, pois, diante do novo panorama constitucional, deixa de atender apenas aos interesses individuais, passando a ser mecanismo de proteção da própria dignidade da pessoa humana, na medida em que deve honrar as relações jurídicas por ela atingidas, satisfazendo o interesse da coletividade.

O exercício do direito de propriedade que importe em atos não geradores de benefício ao corpo social não se coaduna com a função social da propriedade, princípio modificador da concepção tradicional deste direito. Tal concepção, conforme visto, propugnava que o direito de propriedade poderia ser exercido de maneira absoluta visando satisfazer única e exclusivamente aos interesses individuais de seu titular, ainda que este exercício resultasse em verdadeiro prejuízo à coletividade.

Atualmente, o direito de propriedade encontra-se absolutamente relativizado, momento em que as faculdades a ele inerentes devem ser obrigatoriamente exercidas de forma que o interesse do titular seja harmônico com os interesses da sociedade. A propriedade privada, pois, deve ser entendida a partir de conceitos que afastem

definitivamente o seu caráter absoluto, já que “*a visão romanística, egoística e individualizada, sucumbiu em face da evolução da humanidade. A Lei Maior tutela a propriedade formalmente individual a partir do instante que se exhiba materialmente social*”²¹⁵.

Desta forma, é preciso compreender que o Estado de modo algum exclui a prerrogativa de alguém se tornar proprietário, ou seja, de adquirir uma propriedade, já que se tornar proprietário de um bem é direito constitucionalmente tutelado. Todavia, deste direito não se pode concluir pela viabilidade de fazer uso do mesmo de forma indiscriminada e irresponsável, sem qualquer preocupação com os reflexos dessa errônea destinação patrimonial.

Ao Estado, responsável em última instância pela coexistência de uma sociedade que conviva em constante estabilidade, interessa que o pretense titular da relação jurídica proprietária atenda não só a seus interesses individuais, mas também aos interesses comuns da coletividade.

Conclui-se, dessa maneira, que o exercício irregular do direito de propriedade enseja abuso do direito, ofendendo a sua função social, não podendo, por conseguinte, receber a chancela do ordenamento jurídico. Sob este prisma, no que concerne ao condômino antissocial contumaz, que exerce de maneira reiteradamente ilegítima seu direito de propriedade, infringindo regras socialmente exigidas, em clara inobservância à função social da propriedade, ficará sujeito a austeras reprimendas, que, conforme veremos, variarão de acordo com cada caso concreto, podendo ensejar, até mesmo, se necessário, a sua expulsão do seio condominial, não só pela concessão da tutela específica de remoção prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil, mas através da alienação judicial da unidade autônoma, nos termos do artigo 1.113 e seguintes do citado diploma.

²¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008, p. 212.

5. O CONDÔMINO COM REITERADO COMPORTAMENTO ANTISOCIAL NO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Conforme pudemos constatar por meio do desenvolvimento dos capítulos acima, é inegável que o direito de propriedade possui, hoje, perfil substancialmente distinto daquele que ostentava, em especial logo após a Revolução Francesa, quando era tido como um direito inviolável, sagrado e inatingível.

A Constituição Federal de 1988 garantiu o direito de propriedade, desde que atendida à sua função social. Nesta esteira, o Código Civil também acolheu, de forma clara e inequívoca, a concepção social da propriedade. O direito de propriedade, tal como definido e garantido no Código Civil, possui uma concepção mais social do que predominantemente individual.

Assim é que o exercício do direito de propriedade em total desconformidade com sua função social atenta frontalmente contra normas de ordem pública, pois tais normas, por dizerem respeito diretamente ao interesse da sociedade, são sim de ordem pública e de interesse social.

Ademais, não se pode negar a forte ligação existente entre o exercício do direito de propriedade e a teoria do abuso do direito, sendo aquele o responsável pelo surgimento desta, como atualmente concebida pelo sistema jurídico brasileiro. Ora, “*por consistir o direito subjetivo por excelência, o direito de propriedade representa terreno fértil de experimentação e aplicação da teoria do abuso do direito*”²¹⁶.

Dessa maneira, Claudio Luiz Bueno de Godoy²¹⁷ muito bem colaciona que importa analisar a questão da respectiva afronta que se dá com o mau uso da propriedade, com a conduta abusiva do proprietário, verificando, ainda, em quais termos se revela sua consequente responsabilidade, identificando medidas de resposta do sistema em face de condutas antissociais dos proprietários.

²¹⁶ BOULOS, Daniel M., op. cit., p. 268.

²¹⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade do condômino nocivo e sanção de expulsão*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Org.), op. cit., p. 103.

Porém, tal tarefa provoca especial dificuldade nos casos em que o mau uso da propriedade ocorre na seara do condomínio edilício, devido à existência de previsões legais de sanções específicas, todavia, por mais das vezes, insuficientes como fatores inibitórios.

Para tanto, imprescindível que examinemos os direitos e deveres dos condôminos, ou seja, dos respectivos titulares das unidades autônomas que compõem o condomínio edilício, previstos, respectivamente, nos artigos 1.335 e 1.336 do Código Civil. Aliás, deveres os quais, se não observados, ensejam a aplicação de sanções, previstas no próprio código civil, conforme veremos mais abaixo.

5.1. Os Deveres dos Condôminos: Sanções Impostas pela sua Inobservância

O cotidiano em condomínio edilício é bastante peculiar, “*quer pelo mecanismo de organização e disciplina da instituição social, quer pela proximidade que propicia, quer para os moradores, quer para aqueles que no condomínio exercem atividade empresarial*”²¹⁸. Dessa maneira, diversos direitos e deveres foram instituídos com o intuito de reger a realidade dos condôminos.

Pois bem, o Código Civil, por meio dos artigos 1.335 e 1.336, instituiu direitos e deveres aos condôminos titulares das unidades autônomas, com o intuito de preservar e assegurar o convívio pacífico, evitando-se conflitos.

O primeiro deles - o artigo 1.335 do Código Civil - estatuiu direitos básicos aos condôminos. Senão vejamos: o direito de usar, gozar e livremente dispor de suas unidades, sem necessidade de dar preferência aos demais condôminos; o direito de usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não excluam a utilização dos demais cotitulares; e, por fim, o direito de votar nas deliberações da assembleia e delas participar, desde que estejam quites com o pagamento das despesas condominiais.

Em contrapartida, o aludido artigo 1.336 do Código Civil elencou os seguintes deveres aos condôminos: dever de contribuir para as despesas do condomínio na proporção

²¹⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 465.

das suas frações ideais, intimamente ligado ao direito de ser votado nas assembleias, que, conforme visto, exige quitação das despesas condominiais; dever de não realizar obras que comprometam a segurança da edificação; dever de não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; e o dever de dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos cotitulares, ou aos bons costumes.

Havendo infração a qualquer dos deveres, o Código Civil elencou sanções, de naturezas diversas, aos infratores. Senão vejamos:

5.1.1. A multa pelo descumprimento do dever de pagar a contribuição condominial obrigatória

O condômino que não pagar sua contribuição para as despesas do condomínio ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de 1% ao mês e multa de até 2% sobre o débito (artigo 1.336, parágrafo 1º). Portanto, na omissão da convenção condominial, os valores de juros e multa serão os previstos pelo Código Civil.

Neste ponto, cumpre-nos fazer a seguinte observação: o novo Código Civil, por meio de seu artigo 1.336, parágrafo 1º, reduziu o percentual da multa para os condôminos em atraso com a contribuição para as despesas de condomínio, então prevista na Lei 4.591/64, artigo 12, parágrafo 3º, no percentual de até 20%, para, no máximo, 2%.

Quando da entrada em vigor do novel Código Civil, instituído pela Lei 10.406/2002, discussões inúmeras surgiram a respeito de tal redução. Parte da doutrina, assim como da própria jurisprudência, entendia que, não obstante ao novo percentual estabelecido pelo citado diploma, quanto aos condomínios a ele anteriores deveria continuar a ser aplicado o percentual previsto nas convenções condominiais, que podiam estipular, conforme visto, multa de até 20% sobre o valor do débito.

Tal entendimento se dava por vários motivos, uns de cunho estritamente técnico e outros de ordem social. Afirmava-se que a Constituição Federal previu

expressamente, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que a lei não poderia prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Dessa maneira, se a assembleia de condôminos houvesse deliberado que a multa pelo atraso na contribuição para as despesas do condomínio seria de 10%, ou, até mesmo, de 20%, não poderia novo dispositivo legal modificar o estabelecido, sob pena de transgressão de preceito constitucional, em clara afronta à segurança nas relações jurídicas privadas.

Lastreado na doutrina de Vicente Ráo²¹⁹, afirmava-se que as novas normas relativas aos modos de constituição ou extinção das situações jurídicas não deviam atingir a validade ou invalidade de fatos passados, que se constituíram ou se extinguíram, de conformidade com as normas então em vigor. Apegando-se à doutrina de Miguel Maria de Serpa Lopes²²⁰, sustentava-se que os fatos consumados, ou seja, os contratos nascidos sob o amparo de uma velha legislação deveriam prosseguir governados por aquela legislação, posto que consumados durante sua vigência.

Ademais, sob o ponto de vista social, argumentava-se que deveria permanecer o que fora entabulado entre as partes, sob a afirmação de que a norma disposta no artigo 1.336, parágrafo 1º, do Código Civil, não era de ordem pública e, assim, se os condôminos poderiam a qualquer tempo modificar os percentuais estabelecidos na convenção, não seria crível que o legislador se intrometesse na relação jurídica disponível das partes.

Todavia, coube ao Superior Tribunal de Justiça²²¹, criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, uniformizar a controvérsia, entendendo que a norma contida no artigo 1.336, parágrafo 1º, do Código Civil, é aplicável aos condomínios constituídos sob a égide da legislação pretérita, sem falar, é claro, àqueles constituídos já na vigência do atual preceito normativo. Portanto, o percentual máximo de

²¹⁹ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 213.

²²⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, vol. 1, p. 60.

²²¹ Recurso Especial 663.285/SP, publicado em 14/02/2005, proferido pela 4ª Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, com a seguinte ementa: “*Civil e Processual Civil. Acórdão Estadual. Nulidade não configurada. Cotas condominiais em atraso. Multa condominial de 20% prevista na convenção, com base no artigo 12, parágrafo 3º, da Lei 4.591/64. Redução a 2% determinada pelo Tribunal a quo, em relação à dívida vencida na vigência do novo Código Civil, artigo 1.336, parágrafo 1º. Revogação do teto anteriormente previsto, por incompatibilidade. LICC, artigo 2º, parágrafo 1º.*”

multa por atraso nas despesas condominiais, posteriores ao Código Civil, é de 2%, ainda que determinadas convenções disponham de maneira contrária.

O Superior Tribunal de Justiça pautou-se na regra de direito intertemporal prevista no artigo 2.035, caput, do Código Civil, que prevê que a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor do citado diploma, deve obedecer aos preceitos das leis anteriores, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência do Código Civil, devem a ele se subordinar. Portanto, a existência e a validade dos atos jurídicos (*lato sensu*) ficam submetidas à norma jurídica do tempo de sua celebração. Já a sua eficácia submete-se à norma atual. Dessa maneira, como a multa pelo atraso na contribuição para as despesas do condomínio se encontra no plano da eficácia da convenção, e não da validade da mesma, deve submeter-se ao novo patamar estabelecido pelo Código Civil, norma jurídica atual.

A título de argumentação, sedimentado o entendimento no tocante ao valor da multa por atraso no pagamento das despesas condominiais, começa a despontar na doutrina uma discussão acerca da viabilidade de criação de um chamado “abono pontualidade”²²², espécie de desestímulo à inadimplência, que propicia àquele que pagar a prestação dentro do prazo uma redução no valor da despesa condominial, a título de abono, constituindo, por via oblíqua, verdadeiro aumento do valor da multa. Entretanto, a questão ainda não é nada pacífica, já encontrando manifestações doutrinárias contrárias²²³, e, certamente, em um futuro próximo, será enfrentada pelos nossos tribunais.

5.1.2. A multa pelo descumprimento dos demais deveres

Pois bem, já o condômino que não cumprir qualquer dos demais deveres estabelecidos será compelido a pagar, primeiramente, multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ser ela superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem. Na omissão da convenção, prevê a norma que competirá à assembleia geral, por 2/3 (dois terços) no

²²² PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 468.

²²³ LOPES, João Batista. *Condomínio*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 160-161.

mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa (artigo 1.336, parágrafo 2º, do Código Civil).

Mas não é só. O Código Civil foi ainda mais além, pois, de maneira inovadora, passou a prever que o condômino antissocial poderá ser constrangido a pagar uma segunda modalidade de multa, correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurarem, desde que por deliberação de 3/4 (três quartos) dos condôminos restantes (artigo 1.337, caput, do Código Civil), excetuando-se, evidentemente, o infrator.

Portanto, mesmo no silêncio da convenção, o condômino antissocial, que não cumpre com seus deveres, poderá ser punido, já que o parágrafo 2º do artigo 1.336 e o artigo 1.337, caput, ambos do Código Civil, estabelecem a possibilidade de aplicação de multa no valor de até cinco vezes o valor da contribuição condominial.

Agora, se as práticas antissociais forem reiteradas, gerando incompatibilidade de convivência com os demais condôminos, o condômino antissocial poderá ser compelido a pagar uma terceira modalidade de multa, equivalente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia (artigo 1.337, parágrafo único, do Código Civil).

A norma traz uma ressalva final de “até ulterior deliberação da assembleia”. Tal previsão é acintosamente criticada pela doutrina²²⁴, já que comporta o entendimento de que ao síndico é dado o poder de arbitrariamente impor respectiva multa, deixando apenas para um momento futuro a ratificação pela assembleia. Ora, se para a aplicação de multa menos severa (artigo 1.337, caput, do Código Civil) exige-se prévia deliberação assemblear, é ilógico cogitar dispensá-la para a aplicação de sanção mais rigorosa. Por analogia ao caput do artigo 1.337, do Código Civil, deve-se exigir também prévia deliberação da assembleia, com quórum de aprovação idêntico, ou seja, 3/4 (três quartos) dos condôminos restantes, com exceção do infrator, é claro.

²²⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo, op. cit., p. 469.

5.1.3. A aplicação da multa e o devido processo legal

Importante frisar que toda e qualquer aplicação de multa ao condômino antissocial depende da observância ao devido processo legal, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, conforme já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal²²⁵, que assentou que todos os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Ora, a ordem jurídico-constitucional pátria não conferiu a nenhuma entidade privada a possibilidade de agir à revelia dos princípios insculpidos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição Federal, notadamente em tema de proteção à liberdade e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada conferido pela Carta Magna às entidades privadas não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais.

Consubstanciado em tal entendimento é que o Enunciado 92 aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal prevê que “*as sanções do artigo 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo*”.

Portanto, ainda que haja a ausência de voto do condômino infrator na assembleia especialmente convocada, o condomínio edilício não está dispensado de cientificá-lo acerca da realização da mesma, na qual será votada a imposição da multa, haja vista a inafastável necessidade de oportunizar o exercício do direito de defesa.

Sílvio de Salvo Venosa muito bem aponta que “*qualquer que seja a modalidade de imposição de multa ou penalidade requer seja conferido direito de defesa*”.

²²⁵ Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ, publicado em 11/10/2005, proferido pela 2ª Turma, relator Ministro Gilmar Mendes, com a seguinte ementa: “*Sociedade civil em fins lucrativos. União brasileira de compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido*”.

ao condômino”²²⁶. Neste mesmo sentido enveredam-se Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem todas as assembleias que deliberem sobre o assunto devem convocar “*todos os condôminos, inclusive o que está ou será acusado de atos antissociais*”, pois “*o condômino acusado tem o direito de se defender nas assembleias de condôminos, que devem ser convocadas com pauta específica para deliberar sobre a matéria*”²²⁷. O condômino antissocial, ainda que não tenha direito a voto, tem direito a voz.

5.1.4. Requisitos obrigatórios à aplicação das sanções por infração aos deveres condominiais

A verificação de suposta infração a qualquer dos deveres impostos ao condômino (artigo 1.336, II a IV, do Código Civil), em atendimento ao postulado do devido processo legal, exige a prévia notificação do infrator, a ser realizada pelo síndico, com o intuito de se obter o cessamento do comportamento nocivo. Na medida em que a notificação tenha se mostrado inócua, já que verificada a continuidade da conduta, ou inexistência de argumento plausível que justifique sua tolerabilidade, o infrator será compelido ao pagamento da multa prevista na convenção condominial ou, na sua omissão, pela fixada em assembleia geral, por no mínimo 2/3 (dois terços) dos condôminos restantes.

O Código Civil, portanto, ratificou a possibilidade de o condomínio, representando pelo síndico, apenar pecuniariamente o condômino infrator dos deveres condominiais, limitando, todavia, o valor da multa ao quádruplo das contribuições mensais (artigo 1.336, parágrafo 2º). Por coerência lógica, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²²⁸ já se manifestou que dessa previsão decorre que a cada infração pode

²²⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 5, p. 332.

²²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 934.

²²⁸ Apelação Cível n.992.06.013289-1, de 21/07/2010, publicado em 17/08/2010, proferido pela 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator Desembargador Edgard Rosa, com a seguinte ementa: “*Condomínio – Direito de Vizinhança – Cobrança de Multas por infração a deveres condominiais – regime jurídico regulado pelos artigos 1.336 e 1.337 do Código Civil – Prova documental e testemunhal que não permitem aferir com segurança a autoria e materialidade das infrações – Ônus do autor de provar fato constitutivo de seu direito – Sentença de improcedência mantida, por fundamento diverso*”.

corresponder uma sanção, desde que cada multa, individualmente considerada, não ultrapasse o máximo legal.

Pois bem, o artigo 1.337, caput, do Código Civil, trouxe importante inovação ao possibilitar que a punição não se restrinja à multa por cada conduta individualizada, possibilitando que o condômino infrator tenha de se sujeitar a severas penalidades em razão da reiteração das infrações.

Desta forma, em que pese já haver sido aplicada multa por cada comportamento transgressivo, se constatada a reiterada infração a qualquer dos deveres condominiais, urge-se nova notificação ao condômino antissocial, também através do síndico, em respeito ao direito constitucional da ampla defesa, numa clara tentativa outra de obtenção do cessamento da conduta reiteradamente transgressiva. Não havendo êxito, será necessária a convocação de assembleia para aprovação, por no mínimo 3/4 (três quartos) dos condôminos restantes, de aplicação de multa correspondente até ao quádruplo do valor correspondente à despesa condominial, momento em que o infrator poderá apresentar seus argumentos de defesa.

Portanto, a teor do dispositivo legal, nada impede que haja a imposição de multas diretamente pelo síndico (artigo 1.336, parágrafo 2º, do Código Civil) e, cumulativamente, a aplicação da multa prevista no artigo 1.337, caput, do citado diploma, desde que a reiteração seja patente, tenha sido respeitado o direito de defesa e tenha havido aprovação da multa em assembleia especialmente convocada para este fim, observado, é claro, o quórum legal.

O parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil corrobora este entendimento ao evidenciar verdadeira gradação das penalidades. O dispositivo possibilita que um condômino, diante da insistência em infringir regras da boa vizinhança, evidenciando, com suas atitudes, reiterado comportamento antissocial, a ponto de gerar verdadeira incompatibilidade de convivência com os demais condôminos, sofra nova e severa multa, cujo limite poderá alcançar valor equivalente a até o décuplo do valor das contribuições condominiais.

Pois bem, verificada a incompatibilidade de convivência com os demais condôminos em razão da reiterada inobservância aos deveres condominiais, insta-se nova notificação ao condômino reiteradamente infrator, cujos requisitos e finalidades são idênticos às anteriores. Ora, a insistência na prática nociva ensejará a convocação de nova assembleia que, pelo voto de 3/4 (três quartos) dos condôminos restantes, poderá constrangê-lo ao pagamento de multa de até dez vezes o valor da taxa condominial.

Insta esclarecer que no transcorrer de quaisquer das assembleias, ao infrator sempre restará a possibilidade de apresentar suas razões, promovendo, assim, a defesa de seus interesses, em clara atenção ao postulado constitucional da ampla defesa.

5.1.5. A natureza jurídica da notificação ao condômino infrator

A lei não atribuiu à notificação emitida pelo condomínio edilício a qualidade de título executivo, de modo que tais documentos não gozam de presunção de certeza e exigibilidade.

Nesta senda, a inexistência de pagamento voluntário da(s) penalidade(s) imposta(s) exigirá propositura de ação de cobrança, processo de conhecimento sujeito à ampla fase probatória, que reclamará do autor (condomínio edilício) a juntada de prova(s) da(s) conduta(s) antissocial (ou antissociais), que atenta(m) aos deveres condominiais.

Por essa razão, quando da constatação de qualquer conduta nociva, ao condomínio edilício compete, na medida do possível, documentar os fatos ocorridos, de modo a formar todo um conjunto probatório, apto a fazer prova inequívoca da nocividade observada, a exemplo de relatá-los no livro de ocorrências, escritos contendo as reclamações dos vizinhos moradores incomodados, boletim de ocorrência junto à autoridade policial competente etc.

5.2. O Condômino Antissocial e seu Comportamento Nocivo

Pois bem, neste ponto, indaga-se: mas afinal, quem é o condômino antissocial ou nocivo, capaz, até mesmo, de gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos? Ora, que comportamentos são dotados de tal nocividade, cuja lei lhes prevê severas sanções?

Para formulação de uma resposta é necessário, entre outras coisas, que conheçamos os postulados que norteiam a hermenêutica do Código Civil, quais sejam: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. Tais princípios são basilares e, conhecê-los, é fundamental para o deslinde das indagações propostas.

5.2.1. Os princípios norteadores da codificação civil

No tocante à eticidade, José Delgado muito bem colaciona que “*o típico da ética buscado pelo novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais*”²²⁹.

Há tempos que a ideia da ética cresce com acentuada profundidade, espalhando-se por toda a coletividade, fornecendo material para uma reflexão jurídica, gerando aspirações inéditas. Mencionar o padrão ético tornou-se uma imagem corrente para avaliar o novo espírito dos tempos²³⁰. “*Hoje, nenhuma questão é tratada sem que o referencial ético se faça presente*”²³¹. A ética, desta forma, deve ser capaz de conciliar o interesse individual com a sociedade, gerando um ponto de equilíbrio entre o bem-estar individual e a proteção dos valores sociais.

²²⁹ DELGADO, José. *A ética e a boa-fé no novo Código Civil*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, p. 177.

²³⁰ LIPOVETSKY, Gilles, op. cit., p. introdução XXVI.

²³¹ Idem. *Ibidem*, p. 185.

Pois bem, pela eticidade, portanto, procura-se abandonar a valorização de formalidades em prol do reconhecimento de valores éticos no direito privado, possibilitando a elaboração de modelos jurídicos novos, a partir da interpretação da norma diante do caso concreto, levando-se em consideração os fatos e os valores. Dessa maneira, o princípio da eticidade, mitigando o rigorismo formal, dá um enfoque mais aberto à norma, fortalecendo, conseqüentemente, o próprio poder do juiz, que deverá se valer de critérios éticos para encontrar soluções justas ao caso concreto²³².

No que diz respeito à socialidade, podemos afirmar que evidências dela já eram encontradas no Decreto-Lei 4.657/1942, hoje conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual, em seu artigo 5º, já dispunha que, na aplicação da lei, deve o juiz atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Entretanto, atualmente, o princípio da socialidade ganhou contornos inquestionáveis, priorizando os valores coletivos em face dos individuais, atribuindo denotação social aos institutos do direito privado, a exemplo da propriedade, que deve sempre desempenhar uma função social. Aliás, hoje, conforme visto, a função social foi alçada a princípio fundamental extrínseco da Constituição Federal. Frise-se que, não é demais ressaltar, o princípio da socialidade não despreza, por óbvio, os valores inerentes à pessoa humana.

Já pela operabilidade, além do sentido de simplicidade, ou seja, da tendência de facilitar a interpretação e a aplicação dos institutos previstos no Código Civil, há também o sentido de efetividade do direito privado, ou seja, é a opção do legislador em utilizar-se, sempre que necessário, de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, atribuindo aos juízes a função de interpretar o caso concreto. É a operabilidade sob o prisma da efetividade, da concretude²³³.

Nessa toada, ante a omissão do legislador quanto à definição de condômino antissocial e de comportamento nocivo, em clara observância aos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade, o caso concreto deverá ser devidamente interpretado, a fim de que se apure se a conduta praticada é ou não bastante para taxar o condômino que a adotou como antissocial.

²³² REALE, Miguel. *Visão geral do projeto do Código Civil: Cidadania e Justiça*. Revista da Associação Brasileira dos Magistrados, Rio de Janeiro, 2001, v. 5, p. 65.

²³³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Método, 2007, v. 1, p. 106.

5.2.2. O conceito de condômino antissocial

Merece destaque o ensinamento irretocável do insigne Carlos Alberto Dabus Maluf²³⁴, apontando como condômino antissocial aquele que não tem um comportamento compatível com a vida em condomínio, ou seja, não respeita as limitações naturais dos edifícios coletivos, infringindo as mais elementares normas de convivência, provocando atritos de vizinhança, ou mesmo tem conduta penalmente punível.

Na mesma linha, Maria Regina Pagetti Moran sintetiza que o condômino antissocial “*é o coproprietário de um imóvel instituído em regime de Condomínio em Edifícios, cuja conduta, por ação ou omissão, prejudica a tranquilidade, o sossego, a saúde e o equilíbrio psíquico, social e econômico dos demais*”²³⁵.

O condômino antissocial é, portanto, aquele que realiza atividades proibidas pela lei ou convenção condominial, incômodas, ilícitas, ilegítimas, danosas, perigosas, insalubres para a coletividade condominial, desrespeitando regras básicas de boa vizinhança, pondo em risco não só a tranquilidade, segurança, sossego, saúde, higiene, enfim, a vida dos demais condôminos, como também do próprio condomínio edilício, na medida em que certas condutas podem violar a segurança da edificação, prejudicar sua arquitetura e estética, dentre tantas coisas mais. O condômino antissocial é, pois, verdadeiro transgressor da função social inerente à sua unidade autônoma.

A doutrina elenca uma série de condutas havidas por antissociais, a exemplo de construções e alterações em áreas de uso comum (como a fachada do condomínio); o uso exclusivo de determinada área comum; alteração da destinação do imóvel (como manter casa de prostituição no interior da unidade ou usá-la para a prática de atividade profissional em imóvel residencial); guarda de animais perigosos e de grande porte²³⁶; falta de higiene e

²³⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *O Condomínio Edilício no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90-91.

²³⁵ MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 268.

²³⁶ A proibição de criação de animais em condomínio tem sido relativizada apenas em relação aos de pequeno porte, que não oferecem risco ou incômodo aos demais moradores. Nesse sentido já se manifestou a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Apelação Cível n. 9072902-95.2000.8.26.000, da relatoria do Desembargador Galdino Toledo Junior, datada de 13/03/2007, publicada em 26/03/2007, com a seguinte ementa: “*Condomínio Edilício – Proibição de animais de qualquer espécie prevista em convenção de condomínio – Aplicação irrestrita – Descabimento – Vedação que não deve ser extensiva a animais de pequeno porte, que não causam incômodos e nem oferecem perigo –*

de educação para com o próximo; desrespeito a funcionários; desrespeito às regras do regulamento interno; a inadimplência, que representa verdadeiro ônus aos demais condôminos, na medida em que se veem sobrecarregados pelo encargo extra representado pela quota parte do inadimplente²³⁷; e, por fim, a poluição sonora excessiva, merecendo, esta última, tratamento em subtópico adiante.

Os atos antissociais, portanto, não formam um rol fechado ou taxativo, pelo contrário, são abertos e meramente exemplificativos, em clara observância aos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, norteadores da exegese do Código Civil.

Diante do exposto, havendo discordância entre condomínio e infrator, e não sendo possível a resolução pacífica e cordial do impasse, caberá ao juiz decidir se a conduta do condômino caracteriza ou não comportamento antissocial. De se ressaltar que, para tanto, deverá o magistrado considerar que os interesses da coletividade devem se sobrepor aos individuais.

O juiz deverá se valer dos padrões atuais da coletividade. Este representa o papel do juiz moderno ao apreciar demandas que envolvam princípios e conceitos fundamentais. O juiz não pode, dessa maneira, invocar as próprias razões pessoais de moralidade, tampouco os ideais e virtudes da moralidade em geral. Da mesma forma, não

Prejuízo à saúde e higiene dos moradores não demonstrados – Pleito de retirada do animal do apartamento indeferido – Sentença de improcedência mantida – Recurso desprovido”. Já os animais de grande porte, que representam risco e incômodo aos moradores do condomínio, não tem sido tolerados pela jurisprudência, conforme já se manifestou a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Apelação Cível n. 9162365-67.2008.8.26.0000, da relatoria da Desembargadora Marcia Dalla Déa Barone, datada de 14/08/2012, publicada em 22/08/2012, com a seguinte ementa: “*Ação cominatória – Condomínio Edifício – Retirada de animal de grande porte de unidade autônoma – Convenção e Regimento Interno que proíbem animais de qualquer espécie – Tolerância que não gera direito adquirido – Assembleia em que restou provada a propositura de ações expulsórias contra animais de grande porte – Vontade da maioria – Cão da raça rottweiler que representava incômodo e risco aos moradores do condomínio – Multa diária para retirada do animal que comporta redução de R\$2.500,00 para R\$500,00 – Honorários de advogado fixados em R\$5.000,00 – Manutenção – Recurso parcialmente provido*”.

²³⁷ Apelação Cível n. 992.07.020168-3, de 05/07/2010, publicado em 23/07/2010, proferido pela 35ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator Desembargador José Malerbi, com a seguinte ementa: “*Declaratória – Condomínio – Multa por inobservância de dever legal (artigo 1.337 do Código Civil) – Inadimplemento de cotas – Possibilidade – Garantia do direito de defesa do condômino faltoso – Necessidade – Anulação da multa aplicada – Dano moral não configurado – Sentença reformada*”. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio do referido acórdão, entendeu inexistir óbice à aplicação da multa prevista no artigo 1.337 do Código Civil na hipótese de inadimplemento das cotas condominiais, desde que respeitado, por óbvio, o direito de defesa do condômino faltoso, haja vista que, ao contrário do artigo 1.336 que, em seu parágrafo 2º, excetua a imposição da multa ali prevista à hipótese de ausência de contribuição com as despesas do condomínio, o artigo 1.337 não faz qualquer exceção. Portanto, em princípio, nada impede que ao condômino que reiteradamente não paga as suas cotas condominiais, sobrecarregando os demais partícipes, seja aplicada tal penalidade.

pode invocar visões religiosas ou filosóficas, dele próprio ou de outra pessoa, sob pena de incorrer em autoritarismo exacerbado, desprovido de respaldo legal.

O conceito de condômino antissocial é, portanto, condicionado ao local e à época em que a conduta é praticada, vez que inúmeras atitudes aceitas no passado são hoje repudiadas, do mesmo modo que aceitamos sem pestanejar procedimentos repugnantes às gerações anteriores.

O Desembargador da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Ênio Santarelli Zuliani²³⁸, muito bem aponta que as vestes das moças de hoje não são iguais às que vestiam as mulheres do começo do século passado e não serão consideradas indecentes porque encurtaram ou tenham decotes considerados excessivamente generosos pelos mais conservadores. E mais, um casal que se despede, na saída do elevador, com um beijo apaixonado, não merece qualquer advertência, todavia, um rapaz que resolve tomar banho na piscina do prédio só de cuecas, estará, sem sombra de dúvidas, afrontando a noção de comportamento civilizado. Diga-se o mesmo em relação à moça que resolve tomar sol de *topless*, escandalizando as pessoas mais velhas, apesar da alegria que proporcionará à rapaziada.

Em resumo, diante de todo o relatado, podemos concluir que condômino antissocial não é senão aquele cujo comportamento se mostra danoso à função social da propriedade, na medida em que desrespeita direitos de não proprietários e/ou da própria coletividade, ignorando deveres sociais básicos e afrontando a noção de comportamento civilizado, pondo em risco toda uma estrutura social na qual está inserido.

Ora, a caracterização de determinado comportamento como antissocial exigirá a observância das consequências efetivas ou potenciais aos direitos dos demais condôminos, devendo ser analisado à luz dos princípios atuais da sociedade, ou seja, da noção contemporânea de conduta digna, respeitosa, honrosa, cordial, pacífica, decorosa, desprovida da intenção de violar a lei ou a convenção condominial, e de prejudicar ou lesionar outrem, material ou moralmente.

²³⁸ ZULIANI, Ênio Santarelli. Disponível em <http://www.santoscâmara.com.br/br/artigos/173-o-que-fazer-com-condomino-antissocial-que-nao-muda-comportamento-nocivo-apesar-das-multas-aplicadas.html>. Acesso em 08/10/2012.

5.2.3. *A questão da poluição sonora excessiva*

A poluição sonora excessiva figura entre as mais recorrentes condutas antissociais, causadora de sérios desentendimentos entre proprietários de unidades autônomas condominiais.

Waldir de Arruda Miranda Carneiro desenvolveu interessante trabalho a respeito da gravidade que os efeitos nocivos podem acarretar ao homem. Não se trata de mero problema de desconforto acústico, na medida em que os ruídos causam inúmeros problemas, a exemplo da redução da capacidade de comunicação e de memorização, perda ou diminuição da audição e do sono, envelhecimento prematuro, distúrbios neurológicos, cardíacos, circulatórios, gástricos etc²³⁹.

As perturbações sonoras prejudicam, de uma só vez, três bens protegidos pelas regras do direito de vizinhança, a saber: o sossego, a saúde e a segurança dos demais condôminos²⁴⁰.

O sossego está relacionado ao estado de quietação essencial ao descanso, ao repouso e à concentração, ou seja, é a inexistência de ruídos que causem incômodos e que comprometam o desempenho das atividades cotidianas.

²³⁹ CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda, op. cit., p. 2.

²⁴⁰ O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA – é o órgão que detém competência para regulamentar os limites legais da poluição sonora (artigo 6º, inciso II, da Lei 6.938/81), já que os problemas relativos a níveis excessivos de ruídos estão incluídos entre os sujeitos ao controle da poluição ambiental. Por meio da Resolução n.1, de 08/03/1990, II, o CONAMA estabeleceu como prejudiciais à saúde e ao sossego público, os ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR 10.152 (Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade) da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. A NBR 10.152, por sua vez, apresenta valores mínimos (que correspondem ao conforto) e máximos (chamados limites aceitáveis), indicando como limite aceitável para ruídos em dormitórios, salas de estar e salas de reunião de escritório, os valores de 45 dB (A), 50 dB (A) e 40 dB (A), respectivamente, e indicando como conforto acústico os valores de 35 dB (A), 40 dB (A) e 30 dB (A), respectivamente. Convém ressaltar que a competência constitucional para criação de regramentos sobre controle da poluição, proteção ao meio ambiente e defesa da saúde é concorrente (artigo 24, VI, XII, e parágrafo 1º, da Constituição Federal), de modo que os Estados e Municípios poderão estabelecer regras próprias, respeitadas as normas gerais e limites impostos pela União. Portanto, Estados e Municípios poderão suplementar tais valores (máximos e mínimos) a fim de exigir mais, nunca menos, ou seja, estipular índices menores de decibéis, aumentando a proteção acústica.

Por sua vez, a saúde encontra-se diretamente ligada ao bem-estar físico e psíquico daqueles que estão sujeitos aos efeitos da poluição sonora, na medida em que podem ocasionar danos objetivos, como lesões auditivas, alterações cardíacas e vasculares.

Por fim, a segurança refere-se ao afastamento de qualquer perigo pessoal e patrimonial, já que as perturbações sonoras podem provocar efeitos reflexos que venham a causar riscos aos demais condôminos, como vibrações intensas que afetem a estabilidade de uma parede, de uma laje e, até mesmo, da própria edificação²⁴¹.

²⁴¹ CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda, op. cit., p. 18.

6. A QUESTÃO DA EXPULSÃO DO CONDÔMINO COM REITERADO COMPORTAMENTO ANTISOCIAL DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO: UMA ROBUSTA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE

As gradativas sanções pecuniárias previstas pela legislação em vigor, isoladamente consideradas, poderão, muitas vezes, mostrarem-se inócuas, como fatores de inibição das reiteradas condutas antissociais, não sendo, portanto, suficientes para o encerramento do(s) comportamento(s) nocivo(s).

Pois bem, Francisco Eduardo Loureiro²⁴² muito bem colaciona que a lei queda-se inerte no tocante serem as sanções pecuniárias do artigo 1.337 do Código Civil as únicas providências como forma de interromper a conduta abusiva do condômino.

Dessa maneira, não obstante a omissão legislativa, mas em atenção ao corolário de toda normatização já acima citada, ou seja, com base na gradação da pena pecuniária instituída pelo legislador, não há outra saída ao condomínio edilício senão buscar judicialmente a expulsão do condômino com reiterado comportamento antissocial da seara condominial, na medida em que tenha gerado incompatibilidade de convivência com os demais condôminos, como meio de buscar o pronto restabelecimento da ordem e paz social e da manutenção do equilíbrio psíquico naquele seio.

Se assim não for, basta, por exemplo, que dado abastado condômino antissocial pague rigorosamente todas as multas que lhe são impostas em razão de sua reiterada conduta nociva, como forma de continuar a praticá-las. Para condôminos com alto poder econômico, e a depender do padrão do condomínio, a multa não se mostrará meio de coação bastante, apto a impedir o comportamento que justamente se busca repelir.

Ora, não é essa a intenção da legislação em comento. O Código Civil, por meio da gradativa aplicação de multas, quer justamente obstar a reiteração de condutas lesivas. A multa não tem cunho arrecadatório, mas, sim, inibitório, e, uma vez verificada sua

²⁴² LOUREIRO, Francisco Eduardo. In *Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência* (Coord.). Ministro Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007, p. 1204.

inocuidade em determinado caso concreto, solução outra não há senão a expulsão do condômino.

6.1. A Tutela Específica da Obrigação: o artigo 461 do CPC

A par da multa, numa escala gradativa de sanções, o ordenamento jurídico pátrio já admite que o condomínio edilício, ou, ainda, os condôminos ou possuidores prejudicados, interponham ação de obrigação de fazer ou de não fazer, inclusive com pedido cominatório ou de tutela específica, na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil, a exemplo da remoção de pessoas e coisas.

O Código de Processo Civil (artigo 461, caput) traz previsão segundo a qual, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, poderá o juiz conceder a tutela específica da obrigação e, sendo procedente o pedido, poderá determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Em complemento ao comando legal, o parágrafo 5º do citado artigo acentua que para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas que se façam necessárias para tanto, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, inclusive, se necessário, com requisição de força policial.

Neste ponto, fundamental frisar que o rol das medidas pormenorizadas no parágrafo 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), o que é facilmente percebido diante do uso da locução “tais como”, que o precede. A razão, para tanto, é a necessidade imperiosa de se dar cumprimento ao dever constitucional de máxima efetividade à atividade jurisdicional, somente atingida “*com a possibilidade de diversificação do tratamento dado às também diferentes situações fáticas e jurídicas que são levadas ao conhecimento do Poder Judiciário*”²⁴³.

²⁴³ SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p. 208.

A efetiva tutela jurisdicional de determinado direito exige que haja um procedimento processual apto a proporcioná-la, de modo que não lhe seja assegurado uma tutela meramente formal ou abstrata. Segundo Giuseppe Chiovenda, “*o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*”²⁴⁴.

O processo sempre estará relacionado com o direito material posto em juízo, na medida em que não existe processo oco, ou seja, todo processo traz consigo a afirmação de um direito, que é o conteúdo do processo. Dessa maneira, a relação entre o processo e o direito material é circular, ou seja, o direito material precisa do processo para sua efetivação, enquanto que o processo necessita do direito material para ter sentido, já que sem ele não tem conteúdo.

Pois bem, a necessária compreensão da temática relativa à tutela específica a ser obtida nas ações que tenham por objeto a questão atinente ao condômino antissocial, exige, ainda que de maneira sucinta e perfunctória, uma breve análise dos mecanismos destinados à tutela das pretensões que visem ao cumprimento de deveres de fazer e de não fazer, constantes do artigo 461 do Código de Processo Civil, a fim de que se tenha uma visão geral do sistema de efetivação desses direitos.

Como se sabe, a doutrina processual civil majoritária, que encabeça a Teoria Ternária ou classificação tripartida, defende a existência de três espécies de ações e/ou sentenças de conhecimento, quais sejam: as condenatórias, que declaram a existência do direito a uma prestação e determinam a sanção, possibilitando assim, que o processo passe a uma nova fase, a fim de que se efetive o provimento jurisdicional concebido; as declaratórias, que se limitam a afirmar a existência ou inexistência de determinada relação jurídica, eliminando a incerteza havida entre as partes litigantes; e, por fim, as constitutivas, que, além de possuírem conteúdo declaratório, promovem uma transformação jurídica, independentemente de qualquer atividade de efetivação posterior²⁴⁵.

²⁴⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 67. Título original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*.

²⁴⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005, v. 2, p. 261.

As ações e/ou sentenças condenatórias exigem a satisfação posterior do direito, que, como regra, ocorre no próprio processo, por meio do chamado sincretismo processual. As sentenças proferidas em ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, podem ser mandamentais ou executivas em sentido amplo, a depender da espécie de execução, se indireta ou direta²⁴⁶, respectivamente. As mandamentais contêm verdadeira ordem dirigida ao réu, a fim de que cumpra com sua prestação, que deve ser atendida sob pena de lhe ser imposta alguma medida coercitiva. Já as executivas em sentido amplo não dirigem uma ordem direta para que o réu a cumpra, mas sim permitem que o próprio Poder Judiciário execute o direito, independentemente da vontade do réu.

Nessa vereda, no âmbito das obrigações de fazer e de não fazer existe uma real necessidade de fornecer ao titular do direito exatamente aquilo que obteria caso não tivesse sido necessário o processo e, para tanto, exige-se um sistema especial de tutela, que ocorre por meio das normas insertas no artigo 461 do Código de Processo Civil, ou seja, através da tutela específica ou providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

O dispositivo em comento, portanto, fez diferenciação entre tutela específica e obtenção do resultado prático equivalente, ou seja, são postas como duas categorias distintas²⁴⁷. A primeira é aquela que se realiza com a obtenção do cumprimento da decisão pelo próprio devedor, através da utilização de medidas coercitivas (execução indireta), enquanto a segunda é a satisfação do direito sem a participação do réu, por meio subrogatório (execução direta).

Portanto, caso não se efetive a tutela específica, por meio do cumprimento espontâneo da decisão pelo réu, poderá o juiz determinar medidas adequadas ao caso concreto, obtendo resultado prático equivalente, desde que tais medidas guardem estreita relação de utilidade, adequação e proporcionalidade com o fim perseguido, ou seja, não poderá o réu suportar sacrifício maior do que o necessário.

²⁴⁶ Na execução direta, também chamada de execução por subrogação, o Estado age pelo devedor para que a prestação seja cumprida. Ora, o poder do Estado se revela mais claramente na execução direta. Já na execução indireta o Estado força o devedor a cumprir a prestação, pressionando-o psicologicamente, a exemplo de lhe ser imposta pena de multa ou prisão civil.

²⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues, op. cit., p. 263.

O Estado fará justamente aquilo que deveria ter feito espontaneamente o réu, conduzindo a relação jurídica processual travada nos autos a resultado idêntico a que se chegaria se tivesse havido o adimplemento espontâneo. Ora, admite-se a intervenção direta do juiz como forma de solucionar a lide, a fim de tornar impossível a prática, continuação ou repetição da conduta nociva²⁴⁸.

O fato é que a obtenção do resultado prático equivalente não deixa de corresponder à própria noção doutrinária de tutela específica, na medida em que ambas buscam o mesmo resultado que se teria se não tivesse havido a violação do direito.

Parece-nos que ambos os sistemas, coercitivo e subrogatório, podem ser utilizados, inclusive, simultaneamente, pois nada obsta que a ordem proferida pelo juiz ao réu, com previsão de sanção em caso de descumprimento, venha acompanhada, *ab initio*, da medida necessária para obtenção do resultado prático equivalente.

E mais, na clara lição de Luiz Rodrigues Wamber, nada obsta que, apesar de originariamente ter sido adotado apenas um dos dois sistemas, venha a ser o outro empregado em momento posterior. São suas palavras: “*concedida a tutela típica do artigo 461 do Código de Processo Civil, acompanha-a, ainda que não expressa no ato decisório, a determinação do emprego de todos os meios ali dispostos para a obtenção do resultado específico. Desde logo, portanto, o provimento terá eficácia executiva e mandamental. A decisão posterior que comine a multa ou defina a forma de atuação subrogatória apenas estará efetivando a decisão originária*”²⁴⁹.

Desta forma, a tutela específica é meio de coerção, já que é medida indutiva do comportamento do réu, e que dá ao juiz a possibilidade de participar muito mais ativamente do processo, analisando cada caso concreto, verificando qual a melhor medida a ser aplicada, para que surta, afinal, o efeito desejado²⁵⁰.

Kazuo Watanabe muito bem aponta que “*novos tipos de provimentos jurisdicionais estão sendo adotados, além do provimento condenatório, com a feição e o*

²⁴⁸ SPADONI, Joaquim Felipe, op. cit., p. 214.

²⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues, op. cit., p. 268.

²⁵⁰ NASCIMBENI, Asdrubal Franco. *Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 246.

*alcance admitidos pela concepção tradicional, e que para sua atuação o juiz fica com poderes ampliados, a serem exercidos com equilíbrio, ponderação e perfeita adequação ao caso concreto*²⁵¹, até para que não incorra em arbitrariedade.

Tais medidas específicas têm uma aplicação bem ampla, ou seja, sempre que se mostrarem necessárias como meio de atingir o verdadeiro objetivo pretendido pelo autor poderá o juiz determiná-las, inclusive de ofício e na própria ação de conhecimento.

Portanto, concedeu-se ao juiz o poder de imposição e de fazer atuar, independentemente de requerimento expresso do autor, de instauração de nova relação jurídica processual e do desejo do réu, as providências que entender necessárias para a efetivação da tutela do direito do autor posto em juízo.

Isto porque, não basta ao Estado conceder a alguém, através do processo, um determinado direito, por meio do mero pronunciamento da tutela, devendo, outrossim, de forma embasada, proporcionar modelos eficientes à proteção e à efetivação do direito contido na tutela concedida, sob pena de tornar letra morta aquele direito concedido pelo provimento jurisdicional, pondo em risco, dessa forma, a própria legitimidade e sobrevivência do Estado, o que poderia gerar, até mesmo, verdadeiro caos social²⁵².

E, assim, na medida em que se garantiu constitucionalmente o direito de propriedade, contudo, desde que observada sua função social, para evitar que esta seja descumprida, e para torná-la verdadeiramente efetiva, deve o ordenamento jurídico trazer elementos bastantes de coerção. Por certo, o intuito da ciência jurídica não é punir, todavia, há ocasiões em que o elemento coercitivo deve estar presente, sob pena de torná-la ineficaz.

Humberto Theodoro Júnior não olvida em afirmar que o objetivo do legislador, por meio do artigo 461 do Código de Processo Civil, foi *“assegurar para o credor um julgamento que lhe propiciasse, na medida do possível, a prestação in natura, e, ainda no âmbito do processo de conhecimento, obter medidas de tutela diferenciada, que, diante, de*

²⁵¹ WATANABE, Kazuo. *Reforma do Código de Processo Civil (Coord.). Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21.

²⁵² NASCIMBENI, Asdrubal Franco, op. cit., p. 30.

*particularidade do caso concreto, pudessem reforçar a exequibilidade da prestação específica e, se necessário, abreviar o acesso à satisfação de seu direito material*²⁵³.

No entanto, caso não seja possível a obtenção da tutela *in natura*, o próprio dispositivo em comento prevê, como forma subsidiária, a obtenção do chamado resultado prático equivalente, ou seja, deverá o magistrado propiciar ao credor algo que lhe equivalha ao resultado que este teria obtido, em caso de cumprimento espontâneo da obrigação por parte do devedor²⁵⁴.

Pois bem, especificamente no que concerne a condutas antissociais reiteradas, dotadas de nocividade à seara condominial, não olvidamos afirmar que ao condomínio edilício será lícita a propositura de ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de não fazer, ou seja, de ação que busque a interrupção do comportamento antissocial reiterado, desde que as multas legais previstas, aplicadas, tenham se mostrado inócuas.

Determinada pelo juiz a tutela específica da obrigação, ou seja, a proibição da realização da conduta nociva, eventual inobservância da ordem permitirá a remoção do condômino antissocial do interior do condomínio edilício, como forma de assegurar o resultado prático equivalente. Ora, alternativa outra não há, senão a remoção, toda vez que se mostrar o único meio hábil de obtenção da tutela específica, ou seja, sempre que se evidenciar ser o meio idôneo de finalmente interromper a atividade nociva praticada em detrimento dos demais condôminos.

A tutela específica de remoção do condômino antissocial do condomínio edilício tem especial importância, já que se trata de situação em que se faz necessária a retirada de um obstáculo para a produção do resultado específico, ou seja, a abstenção física da conduta nociva, de modo a restabelecer a paz na seara condominial.

O ordenamento pátrio, portanto, conforme se viu, já consagra a viabilidade de remoção do condômino antissocial do condomínio edilício, todavia, em casos tais, mantém o infrator a propriedade do imóvel, perdendo, apenas, o direito de convívio no seio

²⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Revista de Processo, n. 105, Porto Alegre, 2002, p. 17.

²⁵⁴ NASCIMBENI, Asdrubal Franco, op. cit., p. 146.

condomínial. Américo Isidoro Angélico, de maneira ímpar, muito bem colaciona nesse sentido, ao afirmar que, em tais ocasiões, o condômino antissocial continua com seu patrimônio, “*podendo locá-lo, emprestá-lo ou vendê-lo, perdendo, porém, o direito de convivência naquele condomínio*”²⁵⁵.

6.2. A Expulsão do Condômino Antissocial

A remoção, portanto, já se encontra consagrada no ordenamento jurídico. Queremos exteriorizar, todavia, por meio de sólidos fundamentos, entendimento segundo o qual há possibilidade jurídica de ir mais além do que a simples remoção, ou seja, obter a expulsão do condômino antissocial do condomínio edilício, culminando na perda de sua propriedade, por meio de alienação forçada.

Ora, a simples remoção, sem a perda do domínio, “*significa prolongar indefinidamente uma situação a rigor provisória por natureza, sem resolver por completo o destino dominial da coisa*”, legando “*ao proprietário um domínio dissociado de elemento que lhe é inerente e constitutivo, qual seja o uso da coisa*”²⁵⁶. E mais, a perda da propriedade por meio da alienação forçada, sem dúvida alguma, é mais vantajosa do que a simples remoção, na medida em que propiciará ao condômino antissocial a possibilidade de empregar o valor arrecadado naquilo que melhor lhe convier, ao passo que, mantida a propriedade, a ele apenas restariam algumas possibilidades, a exemplo de emprestar e locar a coisa.

No condomínio tradicional ou geral, em havendo incompatibilidade de relacionamento entre os condôminos, solução outra não há senão a própria divisão da coisa, em sendo o bem divisível, ou a própria venda judicial, quando indivisível (artigos 1.320 e 1.322 do Código Civil).

²⁵⁵ ANGÉLICO, Américo Isidoro. *Exclusão do condômino por reiterado comportamento antissocial à luz do novo Código Civil*. Boletim do Direito Imobiliário (BDI). Revista de Direito Privado, janeiro/março de 2004, v. 17, p. 99-101.

²⁵⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Responsabilidade do condômino nocivo e sanção de expulsão. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Org.), op. cit., p. 116.

Porém, no tocante ao condomínio edilício, a indissolubilidade da comunhão é característica peculiar ao instituto, e, por conseguinte, princípio básico do direito de expulsar o condômino que reiteradamente pratica condutas antissociais violadoras da tranquilidade da vida comum. Assim, os condôminos não estarão desprovidos de tutela contra a insuportabilidade gerada pela atividade nociva do condômino antissocial. Deve existir uma saída legal para casos tais e, evidentemente, o peso desta drástica medida deverá recair no condômino antissocial, e não nos demais, que são meras vítimas da inadaptação do desajustado morador²⁵⁷.

Se a legislação infraconstitucional permite a divisão da coisa ou sua alienação judicial no condomínio tradicional ou geral, a depender da divisibilidade ou não do bem, e tal solução não afronta o direito de propriedade constitucionalmente tutelado, da mesma forma não o ofenderá a expulsão do condômino antissocial, que não faz uso de seu direito de propriedade de molde a respeitar sua função social, gerando incompatibilidade de convivência com os demais condôminos.

Ademais, se o descumprimento de um único dever condominial, o de contribuir para as despesas do condomínio (artigo 1.336, I, do Código Civil), por si só, é suficiente para a expulsão “indireta” do condômino antissocial inadimplente, na medida em que a jurisprudência pátria²⁵⁸ já assentou o entendimento pela possibilidade de penhora e consequente alienação judicial da unidade autônoma para pagamento do condomínio credor, interpretando que a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso IV do artigo 3º da Lei 8.009/90²⁵⁹ alcança a contribuição condominial, já que se insere no conceito de “contribuição” disposto no mencionado dispositivo, com mais razão

²⁵⁷ ZULIANI, Ênio Santarelli. Disponível em <http://www.santoscâmara.com.br/br/artigos/173-o-que-fazer-com-condomino-antissocial-que-nao-muda-comportamento-nocivo-apesar-das-multas-aplicadas.html>. Acesso em 08/10/2012.

²⁵⁸ Recurso Especial 155.718/SP, publicado em 28/02/2000, proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator Ministro Eduardo Ribeiro, com a seguinte ementa: “*Penhora. Bem de família. Contribuições condominiais. Assente, nesta Corte, o entendimento de que passível de penhora o imóvel residencial da família, por débito proveniente de contribuições condominiais. Inteligência do inciso IV do art. 3º da Lei 8.009/90*”.

²⁵⁹ Vade Mecum. *Legislação Complementar*. Colaboração Luiz Roberto Curia et al. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1377. Lei 8.009/90: artigo 1º: “*o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei*”; artigo 3º: “*a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido*”; inciso IV: “*para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar*”.

ainda é lícito concluir pela admissão da expulsão do condômino que descumpre de forma acintosa os demais deveres condominiais a ele impostos e exigidos, seja pela lei, pela convenção condominial ou, ainda, pelas regras do direito de vizinhança.

Não se olvide, entretanto, da existência de respeitável entendimento doutrinário²⁶⁰, e até jurisprudencial²⁶¹, sustentando a inviabilidade do pleito expulsório, diante da lacuna legislativa existente, ou seja, na ausência de lei permissiva, não há que se falar em expulsão. Portanto, o principal argumento desta parte da doutrina que considera inadmissível a expulsão do condômino antissocial está no fato de a lei não ter previsto de maneira expressa tal possibilidade, o que feriria o direito de propriedade.

No entanto, em que pese a robustez dos argumentos e a qualidade jurídica ímpar daqueles que nesta linha se enveredam, parece-nos, data máxima vênia, desassistidos de razão. Ora, Moniz de Aragão²⁶², com o brilhantismo que lhe é peculiar, muito bem colaciona que a possibilidade jurídica do pedido não deve ser conceituada com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico pátrio, de uma previsão que o torne viável.

O próprio Superior Tribunal de Justiça²⁶³, ainda que analisando controvérsia outra, diversa da expulsão do condômino com reiterado comportamento antissocial, esposou de maneira clara e ampla seu entendimento a respeito da possibilidade jurídica do pedido, posicionando-se no sentido de que inexistindo vedação expressa no ordenamento jurídico, descabe cogitar-se de impossibilidade jurídica do pedido.

²⁶⁰ LOPES, João Batista. *Condomínio*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 149.

²⁶¹ Apelação Cível n.668.403.4/6, de 01/10/2009, proferido pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relator Desembargador Maia da Cunha, com a seguinte ementa: “*Expulsão de condômino por comportamento antissocial. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. O Código Civil permite no artigo 1.337 a aplicação de multas que podem ser elevadas ao décuplo em caso de incompatibilidade de convivência com os demais condôminos. Multa mensal que tem como termo inicial a citação e o final a publicação da r.sentença, a partir de quando somente será devida por fatos subsequentes que vierem a ocorrer e forem objeto de decisão em assembleia. Recurso parcialmente provido*”.

²⁶² MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 176.

²⁶³ Recurso Especial 1.183.378/RS, publicado em 01/02/2012, proferido pela 4ª Turma, relator Ministro Luis Felipe Salomão.

E mais, posta tal controvérsia à apreciação do Poder Judiciário, o juiz não poderá se eximir de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe aplicar as normas legais, interpretando-as sistemática e teleologicamente, e, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (artigo 126 do Código de Processo Civil). Não se engessam as mentes dos juízes ou imobilizam suas canetas com o frágil discurso de que a lei não autoriza determinado julgamento, bastando recorrer ao disposto no artigo 126 do Código de Processo Civil para se afastar tal argumento²⁶⁴.

E, nesta senda, em atenção à escala progressiva de sanções prevista no Código Civil, inexistente qualquer regramento explícito no ordenamento jurídico brasileiro que obste, impeça, dificulte ou embarace a busca da expulsão do condômino com reiterado comportamento antissocial do condomínio edilício, acintoso transgressor da função social da propriedade.

Não há que se falar, sequer, em afronta ao princípio da *nulla poena sine lege*, que sempre deve prevalecer como forma de guarida da legalidade constitucional, pois a expulsão do condômino, por certo, não caracteriza qualquer pena de natureza civil, aplicada pelo juiz sem qualquer previsão legal, mas sim verdadeira solução prevista no ordenamento jurídico para solucionar os conflitos havidos entre vizinhos.

Mas não é só. A questão da expulsão, muito bem aponta Claudio Luiz Bueno de Godoy, merece enfoque muito mais amplo e sistemático, tomando o instituto da propriedade em suas múltiplas conexões, “*como próprio do conceito de sistema, impondo-se uma interpretação que se faça a partir das escolhas valorativas que, antes, e a respeito, se contêm na própria Constituição Federal*”²⁶⁵.

Ora, conforme já vimos, a Constituição Federal de 1988 esculpiu um novo modelo para a propriedade, já que a elevou a direito fundamental, porém, determinando que cumpra para com sua função social, ou seja, a própria função social da propriedade também foi alçada à condição de direito fundamental, ao lado, da propriedade, deixando de

²⁶⁴ ZULIANI, Ênio Santarelli. Disponível em <http://www.santoscâmara.com.br/br/artigos/173-o-que-fazer-com-condomino-antissocial-que-nao-muda-comportamento-nocivo-apesar-das-multas-aplicadas.html>. Acesso em 08/10/2012.

²⁶⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Responsabilidade do condômino nocivo e sanção de expulsão. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Org.), op. cit., p. 111.

pertencer apenas ao capítulo atinente à ordem econômica e financeira, passando, portanto, a integrar o próprio conteúdo e conceito do direito de propriedade.

E, como tal, a propriedade passa a ser funcionalizada, já que, sem deixar de ser um direito, com as características a ele inerentes, deve ser exercida em sentido social. Desta forma, eventual conflito entre o individual e o social, entre o direito de um proprietário e a conveniência da coletividade, deverá sempre prevalecer esta última.

Portanto, conforme verificado, a propriedade constitui verdadeira relação jurídica complexa, da qual decorrem direitos, mas principalmente deveres para com a sociedade, em atenção aos direitos dos não proprietários.

Mas não é só. Vimos que a Carta Magna foi mais além, prevendo, inclusive, sanções ao mau uso da propriedade, previstas no capítulo relativo à ordem econômica e financeira, especialmente no artigo 182, parágrafo 4º, e artigo 184, caput. A partir de tal regramento, o próprio Código Civil também passou a prever sanções àquele que utilizar sua respectiva propriedade de maneira inadequada, especificamente no artigo 1.228, parágrafos 4º e 5º, em clara inobservância à sua função social. Ora, tais dispositivos constitucionais e legais impõem a perda da propriedade quando não respeitada a função social a ela inerente. Portanto, *“subverteu-se o ensinamento clássico de que a propriedade não se perde, isso desde que seu uso constitua, afinal, um mau uso”*²⁶⁶.

Ora, se as normas, constitucional e infraconstitucional, permitem que o proprietário de solo urbano e rural, descumpridor da função social, perca sua propriedade pelo uso inadequado, por meio do instituto da desapropriação, o mesmo deve ocorrer no tocante ao condômino antissocial, na medida em que também faz uso de sua propriedade de molde a desrespeitar a função social a ela inerente. Não é outra a conclusão a que se pode chegar, especialmente quando o direito proprietário inserto na Lei Maior é interpretado sob o prisma teleológico e sistemático. Claudio Luiz Bueno de Godoy²⁶⁷ muito bem aponta que o sistema não tolera o mau proprietário e o mau uso da propriedade,

²⁶⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Responsabilidade do condômino nocivo e sanção de expulsão. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Org.), op. cit., p. 112.

²⁶⁷ Idem. Ibidem, p. 116.

sancionando-os desde a Constituição Federal, como também no âmbito da legislação infraconstitucional.

A função social da propriedade, seja ela urbana ou rural, funciona como elemento modificativo do direito de propriedade, impondo-se a necessidade de atendimento ao bem comum. O direito de propriedade acha-se condicionado, em sua própria atribuição, ao atendimento do princípio da função social da propriedade.

Pois bem, percebemos assim o contexto axiológico em que se deve pautar o tema atinente à expulsão do condômino antissocial, ou seja, o titular de unidade autônoma que faz uso de seu direito de proprietário de forma a não observar sua função social, gerando incompatibilidade de convivência com os demais condôminos, abusa de seu direito, que perde seu fator de legitimidade, devendo, por conseguinte, ser expulso do seio condominial, especialmente nas hipóteses em que a aplicação das multas cabíveis restarem-se insuficientes como meio de impedir a reiteração das condutas nocivas.

Ora, o condômino que fizer uso de seu direito de maneira prejudicial ao sossego, à salubridade e à segurança dos demais condôminos, violando o próprio direito à vida, à liberdade e à igualdade, é nocivo à tranquilidade da vida em condomínio, antissocial, e, desta forma, para manutenção do equilíbrio social deve e pode ser validamente expulso do condomínio. O direito de propriedade deve ser condicionado ao bem-estar da coletividade, no caso, formada pelos demais moradores do condomínio.

O próprio direito de vizinhança, segundo vimos, também contribui para a viabilidade do pleito expulsório, já que é dado a qualquer proprietário, independente de ser condômino ou não, mormente nos casos em que as condutas nocivas ultrapassam as divisas condominiais, o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Portanto, o desfazimento do mito que dava à propriedade o caráter de direito absoluto torna possível a expulsão do condômino antissocial do condomínio edilício, por meio da alienação judicial de sua unidade. Tal expulsão, inclusive, já fora posta em prática com sucesso por algumas legislações alienígenas.

6.2.1. *A expulsão do condômino antissocial nas legislações alienígenas: breve síntese*

Sem que se extrapolem os limites propostos para a presente dissertação, evitando, pois, qualquer invasão à seara do direito comparado, mostra-se interessante, ao menos perfunctoriamente, abordar a maneira como a questão é tratada e regulamentada em determinados países que admitem expressamente a expulsão do condômino antissocial, na medida em que tais ordenamentos jurídicos, assim como o nosso, embora permissivos, também não se mostram em rota de colisão com seus princípios constitucionais.

Não se almeja a importação da legislação alienígena para o ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas a demonstração de que a expulsão pode ser perfeitamente compatível com o ordenamento constitucional, especialmente quando há desrespeito à função social da propriedade.

Na Suíça, por meio dos artigos 649-b e 649-c²⁶⁸, do respectivo Código Civil, admite-se a expulsão definitiva do condômino antissocial, quando seu comportamento torne-se incompatível com as regras de boa vizinhança, impondo-se ao infrator a obrigação de alienar sua unidade autônoma, garantindo-se preferência na aquisição aos demais condôminos, em licitação²⁶⁹.

O ordenamento jurídico da Alemanha admite a possibilidade de a maioria absoluta dos condôminos requerer a alienação judicial da unidade do condômino que, reiteradamente, não cumpre os deveres a ele impostos na convenção ou na lei, quando o

²⁶⁸ Artigo 649-b: “*Le copropriétaire peut être exclu de la communauté par décision judiciaire lorsque, par son comportement ou celui des personnes auxquelles il a cédé l’usage de la chose ou dont il répond, des obligations envers tous les autres ou certains copropriétaires, sont si gravement enfreintes que l’on ne peut exiger d’eux la continuation de la communauté. Si la communauté ne comprend que deux copropriétaires, chacun d’eux peut intenter action; dans les autres cas et sauf convention contraire, une autorisation votée à la majorité de tous les copropriétaires, non compris le défendeur, est nécessaire. Le juge qui prononce l’exclusion condamne le défendeur à aliéner sa part de copropriété et, à défaut d’exécution dans le délai fixé, ordonne la vente aux enchères publiques de la part, la disposition relative à la réalisation forcée des immeubles étant applicables, à l’exclusion de celles qui régissent la fin de copropriété*”; e Artigo 649-c: “*Les dispositions relatives à l’exclusion d’un propriétaire s’appliquent par analogie à l’usufruitier et au titulaire d’autres droits de jouissance sur une part de copropriété s’il s’agit de droits réels ou de droits personnels annotés au registre foncier*”.

²⁶⁹ FRANCO, J. Nascimento, op. cit., p. 244-245; e MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 94-95.

dano causado ao condomínio edilício seja de tal ordem que torne impossível a existência deste com a presença do infrator²⁷⁰.

A legislação do México admite a alienação forçada com a desocupação da unidade autônoma quando há infrações às obrigações condominiais²⁷¹. O condômino que reiteradamente não cumpre com suas obrigações, além de ser responsável pelos danos e prejuízos que cause aos demais, pode ser desprovido de sua unidade por meio de alienação em hasta pública²⁷².

Já na Guatemala, a respectiva lei condominial permite que a assembleia de condôminos delibere pela expulsão do condômino antissocial, desde que pelo voto favorável de dois terços de seus integrantes, quando lhe será concedido prazo para transferência de seu direito de propriedade a terceiro. Se, vencido tal prazo, não houver sido efetivada a transferência, os condôminos poderão requerer que o juiz determine a alienação da unidade autônoma²⁷³.

6.2.2. Requisitos à expulsão do condômino antissocial

A possibilidade de expulsão do condômino antissocial fora consagrada por meio do Enunciado 508, aprovado durante a V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Senão vejamos: “*verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, CRFB e 1.228, § 1º, CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º,*

²⁷⁰ SARTORELLI, Renato Sandreschi. *A exclusão do Condômino Nocivo Perante a Legislação de Condomínio*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.). *Condomínio Edilício: Aspectos Relevantes. Aplicação do Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 228; e MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 89.

²⁷¹ FRANCO, J. Nascimento, op. cit., p. 245; e MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 99.

²⁷² Artigo 38 da Lei Mexicana. “*El condómino que reiteradamente no cumpla con sus obligaciones, además de ser responsable de los daños y perjuicios que cause a los demás, podrá ser demandado para que se le obligue a vender sus derechos hasta en subasta pública, respetándose el de preferencia o el del tanto, en su caso. El ejercicio de esta acción será resuelto en asamblea especial de condóminos por acuerdo aprobatorio de quienes representen un mínimo del 75% del valor del inmueble. A dicha asamblea también será convocado el condómino moroso o infractor, a fin de que exprese lo que a su derecho convenga*”; Artigo 39 da Lei Mexicana. “*Si quien no cumpla sus obligaciones fuese un ocupante no propietario, el administrador le demandará, previo consentimiento del condómino, la desocupación del departamento, vivienda, casa o local. Si el condómino se opusiere, se procederá contra éste y el ocupante, en los términos del artículo anterior*”.

²⁷³ MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 99-100.

CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal”.

O Conselho da Justiça Federal, por meio de seu Centro de Estudos Jurídicos, tem promovido as Jornadas de Direito Civil, desde o ano de 2002, cujo objetivo é reunir representantes de todas as carreiras jurídicas, assim como estudiosos do Direito Civil, para o debate, em mesa redonda, de temas sugeridos pelo Código Civil de 2002, aprovando enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões, na qual se inclui a do Direito das Coisas.

Não desconhecemos o fato de que tais enunciados não expressam o entendimento do próprio Conselho da Justiça Federal, que apenas promove o evento, tampouco do Superior Tribunal de Justiça, sendo desprovidos, portanto, de força normativa, todavia, representam o pensamento médio da maioria das respectivas comissões temáticas, que por sua vez representam o pensamento médio da maioria da doutrina, a qual expressamente externou o entendimento quanto à viabilidade e possibilidade da expulsão do condômino antissocial.

A expulsão mostra-se necessária como forma de combater o abuso de direito e o desvio da função social da propriedade que o condômino pratica de forma reiterada, evidentemente, desde que tenha atingido um patamar de insuportabilidade, com o esgotamento das providências expressamente previstas, impostas de forma gradual (multas), permitindo o regresso da paz social no condomínio edilício, independentemente, sequer, de dispositivo na convenção condominial que expressamente a autorize, o que não dispensa, contudo, que a expulsão seja deliberada em assembleia especialmente convocada para tanto, na qual será dada oportunidade de defesa ao infrator, e aprovada pelo voto de 3/4 (três quartos) dos condôminos restantes, com exceção, por óbvio, do condômino antissocial, em analogia ao artigo 1.337 do Código Civil.

A assembleia dos condôminos é órgão deliberativo do agrupamento social formado pelo condomínio edilício e, como tal, deve a expulsão do condômino antissocial ser obrigatoriamente por ela deliberada. Ora, as decisões da assembleia dos condôminos

assumem a natureza de verdadeiros atos jurídicos quando consistem em declarações dispositivas e preceptivas da vontade autônoma dos demais coproprietários, dirigidas direta e imediatamente à consecução dos resultados práticos, individuais e sociais, produzidos pelos efeitos que o ordenamento lhes confere, possuindo força obrigatória para os condôminos²⁷⁴.

E, uma vez deliberada e aprovada a expulsão do condômino antissocial, caberá ao condomínio edilício, representado pelo síndico (artigo 12, inciso IX, do Código de Processo Civil), propor a competente ação de expulsão²⁷⁵, que se concretizaria por meio da alienação judicial forçada da unidade autônoma, seguindo o modelo do artigo 1.113 e seguintes do Código de Processo Civil, subrogando-se o condômino infrator no preço, abatidas as multas e indenizações exigíveis²⁷⁶.

6.2.3. *A expulsão do condômino antissocial não proprietário*

Interessante questão surge neste ponto, cabendo importante observação. Ora, como proceder quando o condômino antissocial for possuidor direto do imóvel, a exemplo do locatário ou comodatário, mas não for proprietário da unidade autônoma? Como fica a questão da expulsão em casos tais?

No tocante à aplicação das multas previstas no Código Civil, nada muda, já que o conceito de condômino engloba o possuidor direto, não proprietário. Ora, condômino é aquele que habita a unidade autônoma do condomínio edilício, sendo completamente indiferente a que título ocupa.

Todavia, por não ser proprietário, certo é que não poderá ser pleiteada a alienação forçada do imóvel. A expulsão deverá ocorrer de maneira diversa. Senão vejamos:

²⁷⁴ RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 30.

²⁷⁵ A competente ação de expulsão do condômino antissocial deverá ser proposta no foro da situação do imóvel, nos expressos termos do artigo 95 do Código de Processo Civil.

²⁷⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. In *Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência (Coord.)*. Ministro Cezar Peluso. Barueri: Manole, 2007, p. 1204.

Há três princípios fundamentais básicos que regem o direito contratual: a) boa-fé objetiva (artigo 422 e 113 do CC); b) função social do contrato (artigo 421 do CC); e c) equilíbrio econômico e financeiro do contrato (artigo 478 e 317 do CC).

Pois bem, quanto ao princípio da função social do contrato, este se apresenta de maneira multifuncional, já que o contrato entre duas partes não deve e nem pode prejudicar terceiros e a coletividade, assim como terceiros também não podem e nem devem prejudicar o contrato alheio. Portanto, esta tridimensionalidade nos apresenta dois conceitos atinentes ao direito contratual, quais sejam: a) terceiro ofensor (ou terceiro lesante); e b) terceiro ofendido (ou terceiro lesado).

Dessa maneira, a ideia de relatividade do conceito de contrato, que contempla que os efeitos do contrato não alcançam terceiros, está superada, porque agora não mais podemos negar a existência de interesses de terceiros numa relação contratual alheia, seja do terceiro ofensor²⁷⁷, seja do terceiro ofendido²⁷⁸.

Aliás, nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Recurso Especial n. 401-718-PR, da relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando assentou que relações jurídicas obrigacionais podem atingir terceiros, que não sejam partes contratantes, estabelecendo exceção ao princípio da relatividade do contrato.

Em decorrência da função social do contrato, emana da relação contratual uma dupla tutela jurídica, ou seja, além da tutela jurídica interna²⁷⁹, há a tutela jurídica externa, que produz efeitos na seara processual, na medida em que estabelece legitimidade

²⁷⁷ A vedação pelo ordenamento jurídico brasileiro à figura do terceiro ofensor ou lesante pode ser facilmente percebida, por exemplo, pelo teor do artigo 608 do Código Civil, que traz a seguinte previsão: “*aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste defeito, houvesse de caber durante dois anos*”.

²⁷⁸ No que concerne à inadmissibilidade pelo ordenamento pátrio da figura do terceiro ofendido ou lesado, podemos citar como exemplo a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça, quando dispõe que “*a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel*”.

²⁷⁹ A tutela jurídica interna consiste na correlação entre autonomia privada e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, em razão desta, nenhuma relação contratual pode violar a dignidade dos contratantes. Uma relação contratual não pode ferir direitos fundamentais. Como exemplo de tutela jurídica interna, podemos mencionar a Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que “*é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado*”. O Superior Tribunal de Justiça entendeu pela abusividade da cláusula, justamente em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

processual para que terceiros, ou ainda o Ministério Público em nome da coletividade, ajuízem ação de revisão ou de resolução de contrato, não como partes, mas como terceiros ofendidos ou lesados.

Assim é que o condomínio edilício, representado pelo síndico, tem absoluta legitimidade para ajuizar ação de resolução contratual, a exemplo da locação e do comodato, referente à unidade autônoma cujo condômino, locatário ou comodatário, incida na prática de reiteradas condutas antissociais, denotando comportamento nocivo, que gere incompatibilidade de convivência com os demais condôminos, mormente nos casos em que o proprietário, locador, nega-se a rescindi-lo.

Em casos tais, em analogia ao artigo 1.337 do Código Civil, parece-nos também ser exigível aprovação da propositura de referida ação em assembleia especialmente convocada, em que seja oportunizado o direito de defesa ao condômino possuidor, por deliberação de 3/4 (três quartos) dos condôminos restantes. Por óbvio, entendemos ser também necessária a notificação do proprietário, locador ou comodante, para a referida assembleia, tudo em prol do devido processo legal, para que não se cogite de inobservância do contraditório e da ampla defesa.

E, uma vez obtida a resolução do contrato, por vias oblíquas expulso estará o condômino possuidor infrator do condomínio edilício, caso em que o proprietário ficará livre para dar a destinação que entender necessária à sua unidade autônoma, inclusive podendo, sem dúvida alguma, celebrar novos contratos que a tenham como objeto.

7. CONCLUSÃO

A ideia de propriedade percorreu inúmeros momentos no transcorrer da história, desde seu surgimento, sempre vinculada à organização social e comunitária da sociedade de sua época. De coletiva e compartilhada, quando do início da civilização humana, à absoluta e egoística, no período romano.

A noção de propriedade, desta forma, não é uma noção única, imutável, que de forma abstrata é válida em todo o tempo e em todo lugar, mas sim uma noção intensamente flexível, seja no tempo ou no espaço.

O direito de propriedade, portanto, desde Roma, é visto como o direito real por excelência, do qual todos os outros derivam, e, inserido como está no sistema de direitos reais, encontra-se de maneira certamente privilegiada, na medida em que se mostra como relação fundamental de direito das coisas, abrangendo todas as demais categorias dos direitos reais, sejam os limitados, de gozo e fruição, sejam os de garantia ou de aquisição.

Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade alcançou novas dimensões, na medida em que fora inserida não apenas em seu artigo 170, inciso III, que trata da ordem econômica e financeira, mas logo em seu artigo 5º, inciso XXIII, que trata dos direitos e garantias fundamentais, ao lado, dessa maneira, da garantia fundamental do próprio direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII), alçando, portanto, o aspecto funcional da propriedade a direito fundamental.

Essa dupla inserção da função social da propriedade permitiu uma abrangência muito mais ampla da ideia de propriedade, unindo-a diretamente a valores constitucionais, encerrando, por completo, a noção de direito absoluto, dissociado de qualquer interesse para com a coletividade.

Atualmente, a propriedade não é mais reputada como direito subjetivo por excelência, ou seja, uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, mas uma situação jurídica subjetiva típica e complexa, obrigatoriamente associada com outras, pois

o conteúdo da propriedade conjuga centros de interesses que ultrapassam a figura do próprio proprietário.

O direito proprietário, nos moldes em que foi consagrado como direito fundamental, tem uma finalidade específica, no sentido de que não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio destinado a proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais. Enquanto adstrita a essa finalidade, a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre a sua função individual.

Porém, a propriedade não fica adstrita à finalidade individual, recaindo sobre ela o influxo de outros interesses, que não os meramente individuais do proprietário, que a condicionam ao cumprimento de uma função social. O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa, na medida em que torna a propriedade em um poder-dever. Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de não usar sua propriedade de maneira anormal.

O direito de propriedade tem uma função social, e, portanto, nada tem de absoluto, passível de sofrer modificação se advier necessidade de se atender aos pleitos gerais da coletividade.

Há nítida mitigação ao direito proprietário, condicionado pela função social, já que não se outorga ao proprietário o poder de utilizá-lo em prejuízo de outrem, sob pena de restar configurado o abuso de direito, passível de sofrer sanções. A função social é, portanto, elemento modificativo do direito de propriedade, que se põe à disposição do progresso social. Aliás, tanto o progresso social, quanto o bem estar da coletividade, são valores constitucionais, em face dos quais o próprio valor da propriedade privada é sacrificável, se com os mesmos entrar em rota de colisão²⁸⁰.

A propriedade se revela verdadeira relação jurídica complexa, na medida em que não só impõe direitos ao proprietário, mas principalmente deveres, que, uma vez descumpridos, permitem ao titular ingressar na esfera da ilicitude, momento em que a propriedade deixa de ser digna de tutela jurídica do próprio ordenamento.

²⁸⁰ MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 347.

Ora, o exercício irregular do direito de propriedade, no sentido da inobservância de seus deveres, ofende a sua função social, e não pode, desta forma, receber qualquer chancela do ordenamento jurídico.

A função social, pois, não é mero acidente da propriedade, algo circunstancial, mas sim uma dimensão de sua própria essência, integrando a própria estrutura e conteúdo da propriedade, e, desta maneira, não mais pode ser encarada como simples limitação ou restrição externa e estranha a ela. É um poder-dever do proprietário, que deve vincular seu direito proprietário ao interesse e anseio da coletividade.

No atual cenário jurídico, portanto, a propriedade não pode mais ser vista tão somente pelas normas de direito civil, mas sim, especialmente, sob o enfoque do direito constitucional, já que a função social, como direito fundamental, deve orientar todo o regramento infraconstitucional do direito de propriedade.

Esta influência da Constituição Federal em face do direito civil é a denominada constitucionalização do direito civil ou direito civil constitucional, pois, na análise das normas infraconstitucionais de direito civil, devem ser aplicados, irrestrita e harmonicamente, os princípios e normas constitucionais.

O ordenamento jurídico, assim, não é um complexo de normas jurídicas isoladas, sem qualquer vinculação entre si, pois as normas se correlacionam, formando verdadeira unidade axiológica, lastreada nas normas e princípios constitucionais. Já não mais se admite encarar o ordenamento jurídico senão pelo prisma da unidade, em um real diálogo das fontes.

Pois bem, a propriedade em planos horizontais resta-se consagrada no mundo contemporâneo. A proliferação do instituto jurídico do condomínio edilício é fato incontroverso, perceptível aos olhos de todos. Tamanha expansão mostrou-se crucial para a política de desenvolvimento urbano, na medida em que representa a melhor forma de aproveitamento do solo, solucionando crises de moradia, permitindo a explosão demográfica nos grandes centros.

O condomínio edilício estabelece a propriedade exclusiva de cada condômino ao lado da propriedade comum, que não pode ser objeto de divisão em tempo algum, sob pena de desconfiguração do próprio instituto jurídico, formando-se um complexo eclético, conjugando e convivendo duas ordens distintas de direitos, uma de propriedade plena e exclusiva, outra de condomínio permanente e indivisível.

O atual panorama jurídico do direito de propriedade, no entanto, aliado à especial natureza do condomínio edilício, exige que seja salvaguardada a preponderância dos interesses coletivos sobre os individuais de cada condômino, de sorte que o proprietário de parte exclusiva tem o exercício de seu direito mitigado, não só pelas regras consagradas na convenção condominial, mas especialmente pela função social da propriedade.

Além de a função social haver sido introduzida no ordenamento pátrio como princípio regulador de quaisquer relações de propriedade, o compartilhamento de um convívio absolutamente próximo impõe, de maneira ainda mais acentuada, uma série de limites ao exercício do direito proprietário dos condôminos.

Nesta senda, o Código Civil instituiu deveres aos condôminos titulares das unidades autônomas, na tentativa de alcançar um convívio pacífico, sem conflitos. Entretanto, na medida em que tais deveres deixam de ser observados, nasce a figura do condômino antissocial.

O condômino antissocial é, portanto, aquele desprovido de comportamento condigno com o exigido em condomínio edilício, já que, além de não respeitar as limitações próprias dos edifícios coletivos, infringe elementares deveres legais de convivência, na medida em que realiza atividades proibidas pela lei ou convenção condominial, incômodas, ilícitas, ilegítimas, danosas, perigosas, insalubres para a coletividade condominial, pondo em risco não só a tranquilidade, segurança, sossego, saúde, higiene, e a própria vida dos demais condôminos, como também do próprio condomínio edilício. É, pois, acintoso infrator da função social inerente à sua unidade autônoma.

E, a partir do momento em que as condutas nocivas mostram-se reiteradas, impõe-se uma escala progressiva de sanções, a iniciar por penas pecuniárias, desaguando numa final expulsão da esfera edilícia condominial, mormente quando passarem a gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos.

O ordenamento jurídico brasileiro já assegura a interposição de ação de obrigação de fazer ou de não fazer, com possibilidade de ser concedida, na forma do artigo 461 do Código de Processo Civil, a remoção de pessoas, como meio de efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Resta assegurada ao condomínio edilício, portanto, a propositura de ação de obrigação de não fazer, buscando a interrupção de condutas antissociais que se mostrem reiteradas, quando as multas legais previstas, e já devidamente aplicadas, tenham se mostrado inócuas como forma de interrompê-las, e, na eventual inobservância da ordem judicial, opção outra não há senão a remoção do condômino antissocial do condomínio edilício, como forma de assegurar o resultado prático equivalente.

O ordenamento jurídico, portanto, já consagra a possibilidade de remoção de eventual condômino antissocial do condomínio edilício. Todavia, em casos tais, mantém o infrator a propriedade do imóvel, perdendo, apenas, o direito de convivência na esfera condominial. Entendemos, contudo, que existe possibilidade jurídica de ir mais além do que a simples remoção, obtendo a definitiva expulsão do condômino antissocial do condomínio edilício, que perderia sua propriedade, por meio de alienação forçada.

A expulsão do condômino antissocial não deixa de ser uma atroz sanção, entretanto extremamente necessária como último recurso não só para a manutenção do equilíbrio psíquico, econômico e social na copropriedade, mas para assegurar a função social que à unidade autônoma condominial obrigatoriamente se impõe.

Trata-se, como muito bem assevera Maria Regina Pagetti Moran, do “*último recurso contra uma ovelha negra, um perturbador da paz*”²⁸¹.

²⁸¹ MORAN, Maria Regina Pagetti, op. cit., p. 89.

A indissolubilidade da comunhão é característica peculiar ao instituto jurídico do condomínio edilício e, desta maneira, princípio básico do direito de expulsar o condômino antissocial.

O novo Código Civil introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a multa ao condômino não cumpridor de seus deveres condominiais, de até cinco vezes o valor da contribuição condominial (artigo 1.336, parágrafo 2º), assim como a multa, no mesmo patamar, ao condômino reiteradamente infrator (artigo 1.337, caput), criando também, por fim, a multa de até dez vezes o valor da contribuição condominial ao condômino que por seu reiterado comportamento antissocial gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos (artigo 1.337, parágrafo único).

A omissão no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no novo Código Civil, acerca da expulsão do condômino antissocial, não impede, no entanto, que se busque seu alijamento da esfera condominial, na medida em que, em atenção ao princípio constitucional fundamental da função social da propriedade, uma escala progressiva de sanções é inerente ao próprio diploma, ficando, portanto, ao prudente critério do juiz tal decisão, desde que, por óbvio, tenham sido preenchidos os pressupostos legais bastantes que autorizem referida reprimenda, já pormenorizados em capítulo próprio.

As gradativas multas aplicadas por infração aos deveres condominiais têm, além de evidente caráter sancionatório, natureza inibitiva, e não arrecadatória, e, na medida em que se mostram insuficientes como meio de repressão eficaz em face de reiteradas condutas antissociais, solução outra não há senão obter a expulsão do infrator do condomínio edilício.

O ordenamento constitucional, aliado à legislação ordinária, exigiu funcionalidade social a todo direito de propriedade. O condômino antissocial, titular de unidade autônoma condominial, perde total legitimidade de seu direito proprietário ao deixar de observar tal preceito fundamental, passível, dessa maneira, de se ver destituído do direito que até então exercia.

Desta feita, à outra conclusão não podemos chegar senão afirmar que não só o novo Código Civil, mas o ordenamento jurídico como um todo, em especial a Constituição

Federal de 1988, cuidou, ainda que de modo implícito, da expulsão do condômino antissocial do condomínio edilício, que por seu reiterado comportamento nocivo venha a gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos.

Pugna-se, há tempos, por uma alteração legislativa que inclua no ordenamento jurídico brasileiro, agora de modo explícito, a possibilidade de expulsão da seara condominial do condômino com reiterado comportamento antissocial, cujas condutas gerem incompatibilidade de convivência com os demais condôminos.

Cremos que uma alteração legislativa assentando de maneira expressa a possibilidade de expulsão do condômino antissocial, que por seu reiterado comportamento nocivo gere incompatibilidade de convivência com os demais condôminos, implicaria numa diminuição do próprio número de transgressores contumazes, cotidianamente constatados, já que certamente pensariam de forma redobrada no tocante à conveniência da continuidade de suas condutas, na medida em que o pleito expulsório se mostraria explícito na legislação, sendo, portanto, fato incontestável e inquestionável diante do ordenamento pátrio. Aliás, se este de maneira implícita já consagra a expulsão, não há porque não tornar expressa esta possibilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1.
- ANGÉLICO, Américo Isidoro. *Exclusão do condômino por reiterado comportamento antissocial à luz do novo Código Civil*. Boletim do Direito Imobiliário (BDI). Revista de Direito Privado, janeiro/março de 2004, v. 17.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *A Função Social da Propriedade, os Diversos Tipos de Direito de Propriedade e a Função Social da Posse*. In: VENOSA, Sílvio de Salvo et al. (Coord.). *10 Anos do Código Civil: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direitos Reais*. Lisboa, 1973.
- _____. In: DELGADO, Mário Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado*. São Paulo: FIEO, 1980.
- BARROSO, Lucas Abreu. *Hermenêutica e Operabilidade dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil*. Revista de Direito Privado, n. 21. São Paulo: RT, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.
- BOULOS, Daniel M. *Abuso do Direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *O surgimento do Estado republicano*, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em 27 de outubro de 2011.
- CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. Lisboa-São Paulo: Verbo, 1981.
- CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação Imobiliária: ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: RT, 1993.
- _____. *Condomínio Edilício*. In: VENOSA, Sílvio de Salvo et al. (Coord.). *10 Anos do Código Civil: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARNEIRO, Waldir de Arruda Miranda. *Perturbações Sonoras nas Edificações Urbanas: (ruído em edifícios, direito de vizinhança, responsabilidade do construtor, indenizações): doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: RT, 2001.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, (19-), v. 18.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 67. Título original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. São Paulo: Saraiva, 1949.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Coimbra: Almedina, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUNHA, Rogério Sanches. *Código Penal para concursos*. 4. ed. rev, ampl. e atual. Salvador: Jus Podium, 2011.

DELGADO, José. *A ética e a boa-fé no novo Código Civil*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 4.

_____. _____. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4.

ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *As despesas do condomínio edilício*. São Paulo: RT, 2005.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1982.

FACHIN, Luiz Edson. *Mudanças sociais no Direito de Família*. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional*. São Paulo: RT, 1996, v. 723.

_____. *Comentários ao Código Civil. Parte especial: do direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 15.

FARIA, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FARIAS, Cristiano Chaves de. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2008.

_____.; ROSENVALD, Nelson. *Teoria Geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 1.

FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

FRANGETTO, Flavia Witkovski. *O Direito à Qualidade Sonora*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT, 2000, v. 19.

FULGÊNCIO, Tito. *Direitos de vizinhança. Limites de prédios*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

GIACOAIA, Egidio Jorge. *Arrematação ou Adjudicação pelo Condomínio da Unidade Autônoma Penhorada em Execução de Débito Condominial*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.). *Condomínio Edilício: Aspectos Relevantes. Aplicação do Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade do condômino nocivo e sanção de expulsão*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Org.). *Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: RT, 2009.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1990, v. 309.

GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

_____. *Direitos Reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. _____. 19. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Evolução contemporânea do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*. Coimbra: Coimbra, 1997, v. 3.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democrático*. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005. Título original: *Le crépuscule du devoir: l'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, João Batista. *Condomínio*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: RT, 2003.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. In *Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência (Coord.). Ministro Cezar Peluso*. Barueri: Manole, 2007.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Limitações urbanas ao direito de propriedade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7.

_____. *Limitações ao Direito de Propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

_____; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *O Condomínio Edilício no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5. ed, rev. e ampl. Niterói: Impetus, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *Direito civil e Constituição: relações do projeto com a Constituição. Comentários sobre o Projeto de Código Civil brasileiro*. Conselho da Justiça Federal. Série Cadernos do CEJ, v. 20.

MARX, Karl. *O capital: extratos por Paul Lafargue*. 2. ed. Tradução de Abguar Bastos. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2005.

_____; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio*. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MESQUITA, Luis José de; LIMA, Alceu Amoroso. *Comentários às Encíclicas Sociais de João XXIII*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963, v. 1 e 2.

MIRANDA, A. Gursen de. *Direito agrário e ambiental: a conservação dos recursos naturais no âmbito agrário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 3.

_____. _____. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3.

_____. _____. 40. ed. Atualização de Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 3.

_____. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Direito Civil Constitucional*. In: CAMARGO, Margarida (Org.). *Direito Civil Constitucional: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MORAN, Maria Regina Pagetti. *Exclusão do Condômino Nocivo nos Condomínios em Edifícios*. São Paulo: LED, 1996.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. *Multa e prisão civil como meios coercitivos para a obtenção da tutela específica*. Curitiba: Juruá, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. _____. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. _____. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. _____. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 1. ed. universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1990, n. 319, v. 4.

_____. _____. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 4.

_____. _____. 18. ed. Atualização de Carlos Edison Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das Coisas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PERLINGERI, Pietro. *Introduzione alla Problematica della Proprietà*. Napoli: Università degli Studi di Camerino, 1970.

_____. *Perfis do direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. (reimpressão). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, Tomo XII.

QUAGLIOZ, Flaviano. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7.

RACCIATTI, Hernan. *Propriedad Por Pisos o por Departamentos*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

REALE, Miguel. *Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Código Civil*. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Visão geral do projeto do Código Civil: Cidadania e Justiça*. Revista da Associação Brasileira dos Magistrados, Rio de Janeiro, 2001, v. 5.

RENZO, Leonardi. *O Novo Panorama do Condomínio Edilício*. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.). *Condomínio Edilício: Aspectos Relevantes*. Aplicação do Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do Direito Privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SÁ PEREIRA, Virgílio de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Proprietà Privata e Funzione Sociale*. Padova: Cedam, 1976.

SANTOS, Anderson. *Função Social da Propriedade Urbana: Regularização Fundiária*. São Paulo: Create, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARTORELLI, Renato Sandreschi. A exclusão do Condômino Nocivo Perante a Legislação de Condomínio. In: CASCONI, Francisco Antonio; AMORIM, José Roberto Neves (Org.). *Condomínio Edilício: Aspectos Relevantes*. Aplicação do Novo Código Civil. São Paulo: Método, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, n. 6, 2001.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, vol. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional privado*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. São Paulo: Método, 2007, v. 1.

_____; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: Direito das Coisas*. São Paulo: Método, 2008, v. 4.

_____; SIMÃO, José Fernando. In: DELGADO, Mario Luiz; Alves, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos da propriedade privada: Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Temas de direito civil*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Tomo II.

_____. _____. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. Revista de Processo, n. 105, Porto Alegre, 2002.

Vade Mecum. *Código Civil*. Colaboração Luiz Roberto Curia et al. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Legislação Complementar*. Colaboração Luiz Roberto Curia et al. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 5.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 5.

_____. (Coord.). *10 Anos do Código Civil: Desafios e Perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. In: DELGADO, Mario Luiz Delgado; ALVES, Jones Figueirêdo. *Novo Código Civil: questões controvertidas: direito das coisas*. Série grandes temas de direito privado. São Paulo: Método, 2008, v. 7.

WALD, Arnoldo. *Direito das Coisas*. 5. ed. São Paulo: RT, 1985.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: processo de execução*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2005, v. 2.

WATANABE, Kazuo. *Reforma do Código de Processo Civil (Coord.)*. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1996.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Disponível em <http://www.santoscâmara.com.br/br/artigos/173-o-que-fazer-com-condomino-antissocial-que-nao-muda-comportamento-nocivo-apesar-das-multas-aplicadas.html>. Acesso em 08/10/2012.