

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

HIVNA RAPHAELI TERCEIRO MAGALHÃES MOTA

**A MITIGAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NOS CONDOMÍNIOS
EDILÍCIOS**

FORTALEZA
2011

HIVNA RAPHAELI TERCEIRO MAGALHÃES MOTA

**A MITIGAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NOS CONDOMÍNIOS
EDILÍCIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido à Coordenação do Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Profa. Maria José
Fontenelle Barreira

FORTALEZA
2011

HIVNA RAPHAELI TERCEIRO MAGALHÃES MOTA

**A MITIGAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NOS CONDOMÍNIOS
EDILÍCIOS**

Monografia submetida à Coordenação
do Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Maria José Fontenelle Barreira
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Juvêncio Vasconcelos Viana
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestrando Rafael Barreto Souza
Universidade Federal do Ceará - UFC

À minha mãe, Hilva Terceiro Magalhães,
pela confiança inabalável em meu sucesso,
pelas lições de caráter e integridade,
pelo exemplo inspirador,
pelos sábios conselhos,
pela amizade sincera,
pelo eterno apoio e
pelo sincero amor

AGRADECIMENTOS

Durante toda a minha caminhada como estudante, Deus concedeu-me a graça inigualável de conhecer e conviver com pessoas que engrandeceram e enriqueceram cada instante de minha vida. Neste momento especial, gostaria de expressar a estas pessoas, sem as quais qualquer vitória seria vazia, meu tímido agradecimento pelo apoio, pela amizade e pela confiança a mim dedicada. Faltam-me palavras para demonstrar-lhes toda a minha gratidão, porém, tentarei, brevemente, mostrar-lhes a grande importância de suas amizades. Essa vitória é dedicada a todos vocês.

À Deus, nosso Senhor, nosso Pai, por ser a minha Luz nos momentos de treva, por ser meu Porto Seguro nos momentos de dúvida, por ser a minha Paz nos momentos de aflição, por ser a minha Felicidade nos momentos de tristeza, por ser minha grande Inspiração. Confio-te, Pai, toda a minha vida, a minha família, a minha profissão e o meu futuro, para que neles seja feita a Vossa vontade. Na certeza de que continuarei a caminhar Contigo, agradeço-Te por lutar comigo em todas as minhas batalhas, sem nunca desistir de mim.

À Nossa Senhora, nossa Mãe e Rainha, por ser exemplo constante de dedicação, de obediência, de fé, de humildade, de caridade, de piedade e de amor inabalável. Obrigada mãeinha, por me guiar neste mundo confuso, levantando-me a cada tropeço.

Ao meu pai, Rafael Sobrinho de Oliveira Mota, homem guerreiro, exemplo de imensa generosidade, de amizade e de perseverança, a quem sou grata por todo o cuidado, por todo o carinho, por toda a dedicação e por todo o amor com que me criou e educou. Pai, eu te amo. Ao meu irmão, Walter Magalhães Neto, em cuja garra, autoconfiança, perseverança e obstinação me espelho.

À Noélia de Souza Lima, por ter sido sempre minha fiel escudeira e minha segunda mãe, por ter me criado e cuidado com tanto carinho e amor. À você, Nonó, que estudava comigo quando criança, que me fazia questionários, ditados e cópias, que sempre esteve ao meu lado, me dando força, eu dedico essa vitória. Ao Cadu, razão de felicidade dos meus dias, por cada sorriso, obrigada.

Ao Dr. Márcio Andrade Torres, brilhante Procurador da República, pelo exemplo de amor e dedicação à causa ministerial e pela simplicidade de alma; ao Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana, talentoso advogado e Procurador do estado, pelo amor à profissão, pelo exemplo de garra e de sabedoria e por ter, gentilmente, aceito o convite de participar de minha banca.

À Profa. Maria José Fontenelle Barreira, brilhante professora e ser humano, sempre atenta às necessidades de seus alunos, por ter me proporcionado a preciosa oportunidade de tê-la como orientadora em minha monografia; ao mestrando Rafael Barreto Souza, pela gentileza de ter aceitado tão prontamente o convite de participação em minha banca.

À Maitê e a Rian, meus irmãos adotivos, por terem enchido de alegria minha casa e minha vida enquanto moravam aqui e por terem sido meus companheiros de estudos, de conversas, de alegrias, de tristezas, enfim, de vida. Por termos vivido juntos muitas experiências estudantis, as tribulações e lágrimas dos vestibulares e as conquistas na faculdade. Eu sei que a minha vitória é a vitória de vocês, reciprocamente, por isso, dedico-vos essa grande conquista.

À minha avó, Maria Zelita, que sempre foi a minha maior torcedora, por toda a dedicação, cuidado e carinho. Aos meus avôs, Mestre Félix e Walter Magalhães, por serem inspiração de bravura e garra. Aos meus tios, Francisco Magalhães, Esther, Hilda, Hilça, José e Vera por sempre terem acreditado e torcido pelo meu sucesso e vibrado com as minhas vitórias. À minha madrinha, Deusa, por ter me acolhido como afilhada e como filha, com carinho, cuidado e amor.

A José Moreira Neto, grande companheiro com quem divido todas as emoções e momentos vividos durante os últimos cinco anos, por ser meu melhor amigo e confidente e por sempre estar ao meu lado.

À Lia Gadelha, amiga inigualável e carinhosa, que viveu comigo todos os momentos mais importantes de minha vida, que guarda com cuidado os meus segredos,

que me conhece como poucos e que sempre torceu pelo meu sucesso e à Sinara Leite, amiga fiel e cuidadosa, que me ensinou que o amor não é só sentimento, mas também ação, com quem aprendi os valores da dedicação, do comprometimento, da solidariedade e do companheirismo. A vocês, por serem as irmãs que a vida me permitiu escolher, dedico também essa vitória. A toda a “galera da rua”, por ter me proporcionado momentos inesquecíveis de pura alegria e felicidade.

À Luciana Lucas Correia Lima, mulher guerreira, amiga sincera e companheira fiel, com quem dividi meus sonhos, meus planos, os bons e os maus momentos, os sorrisos e as lágrimas, as vitórias e os tropeços, as experiências profissionais, os estágios, os problemas e as alegrias, que me ensinou o poder da educação, do respeito, da honestidade, da integridade e da perseverança e abrilhantou os meus dias durante toda essa caminhada. Às amigas Angélica Mota, Clarissa Coelho, Jordana Rolim e Priscila Marques, verdadeiros tesouros adquiridos na faculdade de direito e que foram e continuarão sendo inspiração para buscar meus sonhos. À vocês agradeço por todas as experiências compartilhadas e por me darem a grande honra e o imenso prazer de tê-las ao meu lado como amadas amigas. A Lino Queiroz, anjo enviado por Deus na pele de um bom amigo, por ter sido meu companheiro durante muitos percursos entre faculdade e casa, obrigada por todas as palavras acolhedoras e conselhos sinceros.

A todos os amigos da turma 2010.2, em especial ao Bruno Fiúza, à Ana Cecília Bezerra, ao Gabriel Kubrusly, à Cintia “Nêga”, ao Davi Araújo, ao Flávio Brilhante, ao Renan Bezerra, à Ellen Cristine, à Paula Mara, ao Matheus Melo e à Camila Leal, por terem tornado esses quatro anos e meio de faculdade bem mais especiais.

À Míriam Souza Fontenele Duarte, amiga querida, pelo exemplo de pureza e fé; à Maria Glória Morais, ao Aquiles por tornarem mais alegres as minhas manhãs e tardes na PR/CE; a todos os colegas com quem tive o prazer de trabalhar no Bancesa.

A todos os membros do grupo “Estrelas de Deus – Amarelo XI” por serem a luz de Deus na minha vida, alegrando-me com um amor genuíno e gratuito. A todos os colegas da Gestart com quem convivi horas difíceis durante os últimos anos de faculdade, obrigada por todo o apoio.

"Fracassar depois de longa perseverança é muito mais sublime que nunca ter feito um esforço suficientemente grande para ser chamado de fracasso."

George Eliot

RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar os conflitos decorrentes da coabitação entre diferentes proprietários nos condomínios edilícios, no que se refere, especificamente, ao embate entre a plenitude do exercício do direito de propriedade sobre a unidade autônoma e o respeito e alcance dos interesses sociais, tão fortemente buscados pelo direito moderno, reconhecendo a mitigaçāo acentuada do direito de propriedade no interior dos condomínios edilícios e oferecendo mecanismos legais, jurisprudenciais e doutrinários para melhor resolução dos casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Limitação da propriedade – Condomínio edilício – Função social da propriedade.

ABSTRACT

The study aims to analyze the conflicts resulting from the cohabitation of different owners in edifications condominiums, as it relates specifically to the clash between the full exercise of ownership rights over the autonomous unit and the respect and power of corporate interests, so strongly sought by the modern law, recognizing the strong mitigation of property within the edification condominiums offering and legal mechanisms, jurisprudence and doctrine for better resolution of individual cases.

KEY WORDS: Restrictions on ownership - Edifications condominiums - Social function of property.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DIREITO DE PROPRIEDADE	14
1.1 Evolução Histórica	14
1.2 Conceito, caracteres e elementos do direito de propriedade	17
1.3 Restrições ao direito de propriedade	20
2 O CONDOMÍNIO EDILÍCIO	23
2.1 Evolução histórica	23
2.2 Definição e conceito de condomínio	26
2.3 Do condomínio edilício	29
2.3.1 Dos direitos e deveres dos condôminos	34
3 A MITIGAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS	39
3.1 A concepção moderna do direito de propriedade	39
3.2 O direito de vizinhança aplicado ao condomínio edilício	41
3.3 Conflito: o direito brasileiro admite a mitigação do direito de propriedade nos condomínios edilícios?	44
3.3.1 Alteração de cor e forma da fachada, partes e esquadrias externas	46
3.3.2 Animais	47
3.3.3 Barulho	49
3.3.4 Fumaça de cigarro	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

Como reflexo do *boom* populacional e do encarecimento do solo, surgiu no mundo jurídico, durante o século XX, a figura do condomínio edilício, como proposta para proporcionar melhor aproveitamento dos espaços, maior segurança e mais confortável divisão dos encargos econômicos.

Os condomínios edilícios têm como característica principal a coexistência de partes exclusivas e partes e coisas comuns. Essa instituição do mundo moderno reclamou do direito a criação de regulamentação para uma melhor convivência entre os diferentes proprietários.

O condomínio geral não é novidade. Sua origem remonta ao período romano e se desenvolveu durante o século XIX, durante o movimento codificador. No Brasil, o instituto passou a ser tratado com maior importância somente a partir do Código Civil de 1916. No entanto, este diploma não contemplou o condomínio edilício, uma vez que na época predominava a propriedade autônoma, privativa de cada proprietário.

Em 1964, foi editada a Lei nº 5.491, de suma importância para a regulamentação dos *condomínios em edificação*, tendo sido o principal diploma até o advento da Lei nº 10.406 em 2002, novo Código Civil brasileiro, o qual cuida da matéria nos arts. 1.331 a 1.358.

Contudo, a dinamicidade das interações sociais existentes no dia-a-dia dos condomínios cria situações das mais variadas, frente às quais o operador do Direito, muitas vezes, não consegue encontrar solução, diante da carência de legislação e doutrina sobre o assunto, exigindo-se deste que atue como legislador no caso concreto, preenchendo as lacunas, razão pela qual a jurisprudência sobre a matéria é bastante rica.

Noutro quadrante do Direito, analisando-se a propriedade, percebe-se que a mesma está inserida num contexto social, perdendo a conotação ortodoxa de ser um direito absoluto e sofrendo inúmeras restrições legais em benefício do interesse geral. Assim, embora se preserve a essência do direito de propriedade constitucionalmente

previsto e necessário para uma sociedade capitalista, impõe-se a ele observação à sua função social e à contemplação do bem comum. Assim assevera o ilustre jurista Caio Mário da Silva Pereira:

Sem deixar de ser um direito, com as características de *facultas*, a propriedade deve ser *exercida* em sentido social. É o *exercício* daquele direito que se subordina ao interesse público, e a função social é integrante menos da definição do direito do que ligada ao seu exercício. Toda vez que se esboça um conflito entre o individual e o social, entre o direito de um dono e a conveniência da coletividade, o legislador terá forçosamente de resolvê-lo neste último sentido, ainda que com o sacrifício do direito subjetivo. A utilização dos bens apropriáveis estará, na linha de equilíbrio entre a faculdade reconhecida e a conveniência de todos. (PEREIRA, 1998)

No âmbito dos condomínios edilícios, o direito de propriedade apresenta-se como um instituto delicado, exigindo-se maior cuidado em sua análise. Isso porque essa pequena comunidade é regulada pelas leis e por normas internas, as quais, muitas vezes, importam em severas limitações ao exercício do *dominus* sobre a coisa.

Ao longo da elaboração do presente trabalho, portanto, busca-se apontar soluções para os conflitos decorrentes da coabitação nos condomínios edilícios, no que se refere ao embate entre o direito de propriedade sobre as unidades autônomas e a satisfação dos interesses comuns, oferecendo-se, para tanto, substrato legal, jurisprudencial e doutrinário sobre o assunto.

1 O DIREITO DE PROPRIEDADE

1.1 Evolução Histórica

O direito de propriedade tem suas raízes nas sociedades primitivas, tendo sofrido inúmeras transformações e influências de vários povos durante o curso da História, decorrendo diretamente de suas organizações políticas, desde a antiguidade.

Na antiguidade, o conceito de propriedade limitava-se aos bens móveis. Facilmente se comprehende o desapego das sociedades primitivas com a terra, pois que o homem vivia da pesca, da caça e dos frutos silvestres, não aflorando a questão da apropriação exclusiva da terra. Não se concebia, pois, a utilização individual.

Os povos da antiguidade caracterizavam-se, em sua maioria, por serem nômades. Uma vez que findassem ou diminuíssem os recursos naturais da caça e da pesca e o grupo saia em busca de novas terras, impedindo que houvesse a fidelização dos homens a um pedaço de terra em particular. A terra, por sua vez, era utilizada por toda a comunidade de forma coletiva, sem que se destacasse o senhorio de um particular sobre o bem.

No decorrer do tempo, a utilização constante da terra pelo mesmo grupo, tribo ou família passa a construir um elo entre o homem e a terra que utiliza, nascendo o primeiro embrião do direito de propriedade coletiva e, posteriormente, individual. O traço essencial da propriedade primitiva é seu caráter sagrado. A propriedade individual é sagrada, como extensão da própria pessoa.

O instituto da propriedade no Brasil advém do Direito Romano. Neste, a propriedade sobre a coisa foi desde sempre individual, no entanto, não existe precisão quanto ao nascimento da primeira forma de propriedade territorial. Contudo, algumas fontes apontam a Lei das XII Tábuas.

Neste período, era conferido ao indivíduo uma porção de terra a ser cultivada e, após a colheita, devolvida. Paulatinamente, firma-se o costume de fornecer sempre as mesmas porções aos mesmos indivíduos. Nelas instalavam-se o *pater familias*, os quais

construíam suas moradias, criaram seus filhos e viveram com suas famílias e escravos, transcorrendo gerações. Arraigou-se no Direito Romano a primeira concepção de propriedade individual e perpétua, considerando-se o domínio sobre a terra de forma absoluta.

A partir da Lei das XII Tábuas, é possível se verificar uma noção dos elementos da propriedade individual, quais sejam, o *ius utendi, fruendi et abutendi*. Nos primeiros séculos, somente o povo romano poderia adquirir alguma propriedade e sendo esta romana, uma vez que havia a nacionalização das terras conquistadas. No entanto, com o passar dos tempos e com a política romana de conquista de novas terras, o direito a propriedade foi-se estendendo também aos estrangeiros. Somente se admitia o *dominium ex jure quiritium*, propriedade adquirida unicamente de forma determinada, fora da qual não poderia constituir-se.

Somente no período clássico o Direito Romano admitiu o uso abusivo do direito de propriedade e sua reprimenda. O *Digesto* já reconhece o direito de vizinhança, mas o elemento individual ainda é preponderante. O direito de propriedade na concepção Romana era precipuamente de caráter individualista.

A propriedade individual também sofreu grande influência da religião doméstica e da família. O lar das famílias eram lugares de culto dos antepassados e dos Deuses das Lares, criando-se laços de intimidade entre família, religião e propriedade. Daí a sacralidade atribuída ao lar, sentido que perdura na civilização ocidental.

No século VI, a codificação promovida por Justiniano remonta à propriedade resultante de uma lenta evolução dentro do Direito Romano, sem grandes modificações.

A concepção romana sobre propriedade foi difundida através de suas conquistas territoriais. Na Idade Média, diante da invasão bárbara, o instituto sofreu significativa transmutação em seus valores, provocada pela insegurança, instabilidade e receio, resultando na transferência dos bens aos mais poderosos em troca de segurança e proteção quanto ao uso da terra. O território passa a ser o maior símbolo de poder. O sentimento social da época criou nova dinâmica de utilização e dominação dos bens imóveis, fase em que a propriedade passou a ser conhecida como “feudal”.

Neste contexto, o indivíduo deixou de ser senhor de sua terra e passou a ser vassalo de um senhor feudal, o qual detinha o poder sobre o solo cultivado pelo

indivíduo, havendo uma dualidade de sujeitos sobre o bem. A propriedade ligou-se a idéia de soberania nacional.

Em movimento diametralmente oposto, a instituição da monarquia absoluta marcou o fim da propriedade feudal, uma vez que o poder dissociado perdeu força diante do domínio do rei sobre tudo e sobre todos. A este, o direito que emanava do próprio Deus, um retorno ao poder divino dos faraós em tempo anteriores.

Na constante evolução social, a escola de direito natural, a partir do século XVIII, passou a reclamar leis que definissem a propriedade. O poder real foi afrontado pelo poder econômico, tendo sucumbido perante a Revolução Francesa, a qual buscou, entre outras coisas, recepcionar a idéia romana e democratizar a propriedade, abolindo privilégios e direitos perpétuos. O Código Napoleão retratou o sentimento social da época, ressaltando o prestígio do imóvel, o qual era fonte de riqueza e razão de estabilidade pelo qual a coisa móvel foi desprezada diante da propriedade imobiliária, trazendo consigo uma concepção extremamente individualista do instituto, havendo, pois, um retorno ao período romano.

O Código reportou à propriedade tamanha importância que foi apelidado de “Código da propriedade”, sendo modelo do movimento codificador do século XIX. Houve, pois, a substituição de uma aristocracia de linhagem por uma aristocracia econômica, a qual penetrou no século XX.

Napoleão tentou, por meio de seu código (Art. 544), conceituar a propriedade como sendo “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”. Muito embora a submissão às leis e regulamentos desfaça o absolutismo do instituto, percebe-se a nítida tendência reinante à época, de conferir ao senhorio garantia plena sobre seu bem, razão pela qual seu direito seria inabalável e inatacável, cabendo ao proprietário gozar plenamente de seu bem sem qualquer interferência.

O Código e a idéias da Revolução repercutiriam em todos os ordenamentos que se modelaram a partir do Código Civil Francês, influenciando a maior parte dos códigos latino-americanos.

O individualismo exacerbado desta época perde força no século XIX com a revolução industrial e com os ideais socialistas, passando a se acentuar seu caráter social. O século XX foi impregnado pela tendência socializante do instituto.

1.2 Conceito, caracteres e elementos do direito de propriedade

A propriedade é e tem sido desde muito objeto de investigação que buscam firmar-lhe o conceito e caracterizar seus elementos. Caio Mário argumenta em sua obra que a propriedade mais se sente do que se define, a noção de "meu e teu" é compartilhada por todos, desde os mais cultos até às crianças, todos sentem o fenômeno "propriedade". (PEREIRA, 2005).

Inicialmente, o Código Napoleão buscou defini-la em seu art. 544 como "o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos". (PEREIRA, 2005)

Clóvis Beviláqua também a conceituou como "o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida psíquica e moral", enquanto Lafayette defende que "Domínio é o direito real que vincula legalmente e submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidente e acessórios". (PEREIRA, 2005)

Lacerda de Almeida por sua vez constrói um novo conceito no qual a propriedade é "o direito real que vincula à nossa personalidade uma coisa corpórea sob todas as suas relações" e Tito Fulgêncio cria a definição: "Chama-se propriedade o direito que tem uma pessoa de tirar diretamente de uma coisa toda a sua utilidade jurídica". (PEREIRA, 2005)

O Código Civil brasileiro não traz em si uma definição de propriedade, mas presta-se a anunciar os poderes do proprietário em seu art. 1.228, mediante o qual se pode afirmar que a propriedade é *o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha*.

Denota-se, pois, que o uso, a fruição e disposição não são direitos em si, mas prerrogativas do direito de propriedade, as quais podem reunir-se em uma só pessoa, hipótese em que se tem a propriedade em toda a sua inteireza, sendo plena. No entanto, é possível que algumas dessas prerrogativas sejam transferidas a outrem, sem que se atinja o direito do *dominus* sobre a coisa (domínio eminentíssimo), tal como no usufruto, no qual o uso e a fruição (domínio útil) são repassados a outro.

Importante destacar que o direito de propriedade é em si mesmo uno, sendo o seu normal a plenitude de suas atribuições. As limitações são excepcionalidades impostas no interesse público ou para harmonizar os direitos de propriedade de outros

indivíduos, todos igualmente relevantes. Além disso, a propriedade é também *exclusiva* já que o senhorio sobre a coisa é excludente de outro senhorio sobre a mesma coisa. Não se diga, entretanto, seja absoluta a propriedade, uma vez que o proprietário deverá fazer observar a sua função social (art. 5º, XXII, CF/88).

Assim, diz-se que a propriedade presume-se *plena e exclusiva*, contudo, trata-se de uma presunção *iuris tantum*, em que se admite prova em contrário, uma vez que será possível, excepcionalmente, haver o co-domínio ou a imposição de restrições.

Determinado o conceito de propriedade vigente no ordenamento jurídico pátrio, trata-se sobre os elementos que a compõem, quais sejam:

A) O direito de usar (*ius utendi*). Este atributo consiste na faculdade de colocar a coisa a serviço do titular, sem modificação na sua substância. (PEREIRA, 2005) O dono serve-se da coisa da maneira que melhor lhe convém, podendo utilizá-la e dela retirar benefícios ou deixá-la inerte, precisando estar sempre advertido de que a falta de seu emprego útil possa terminar sendo inconveniente para as atuais exigências dos fins sociais da propriedade. Importante ressaltar, porém, que o uso da propriedade não é ilimitado, devendo se subordinar às normas da boa vizinhança. O § 2º do art. 1228 do Código Civil submete o exercício desse direito à teoria do abuso, impedindo que a propriedade seja utilizada de maneira nociva ao direito de outro. É certo, portanto, que a ordem jurídica brasileira reprime o “abuso do direito de propriedade” e as condutas lesivas decorrentes deste. Há mesmo uma tendência no direito positivo de limitar as prerrogativas dominiais, ora restringindo a sua utilização, ora impondo-a em benefício da coletividade.

O art. 1228 do Código Civil determina ainda que a propriedade deverá ser usada em conformidade com suas finalidades econômicas e sociais. Muito embora esta seja uma idéia de difícil delimitação, pode-se inferir que o legislador buscou reprimir que o *dominus* utilize seu bem de forma discricionária ou caprichosa, sem finalidade socialmente relevante, assim gerando um benefício exagerado para si, em detrimento e sacrifício ao direito de outrem ou da coletividade.

A jurisprudência pátria atenta para o exercício do *ius utendi* em sede de condomínios edilícios, delimitando o que seria o “abuso de direito”, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRIGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DAS COISAS. CONDOMÍNIO. PAGAMENTO DE ALUGUERES. FRUTOS.

EXERCÍCIO DO DIREITO. CONCOMITÂNCIA. IMPEDIMENTO DO USUFRUTO. RESITÊNCIA REAL. COBRANÇA) SÚMULA 07/STJ.

1. Acórdão embargado que assentou que “O artigo 1.319 do novo Código Civil, correspondente ao artigo 627 do Código de Beviláqua, assim dispõe: “Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou”. A exegese do referido dispositivo pressupõe relação negocial onerosa entre um dos condôminos e o terceiro, posto cediço em doutrina que “o não uso da coisa comum por alguns dos condôminos não lhe dá o direito de aluguer, ou prestação, que fique em lugar de uso que teria podido exercer, salvo negócio jurídico entre os condôminos (Pontes de pág. 41). O uso exclusivo do condômino que enseja a pretensão de percebimento de aluguéis pressupõe oposição daquele titular em relação aos demais comunheiros, os quais, na forma da lei, podem postular a alienação judicial do bem em face da indivisão incompatível com a coabitacão. **É que o condômino que habita o imóvel comum engendra exercício regular de direito somente encetando “abuso de direito” se impede os demais do manejo de qualquer dos poderes inerentes ao domínio. Isto por que, o Instituto do Condomínio assenta-se na idéia de comunidade de direitos e tem como primado a possibilidade de todos os condôminos exercerem a um só tempo os atributos da propriedade, desde que de forma compatível com a situação de pluralidade de proprietários.**

[...]

(EDcl nos EREsp 622472 / RJ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL 2004/0146482-5 Relator (a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador CE – CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 30/06/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 25/09/2006 p. 200).

B) Direito de gozar – *ius fruendi*. Esse atributo está ligado ao gozo dos frutos provenientes da coisa, seja civil ou natural. Por força deste elemento, será atribuído ao *dominus* a faculdade de usar da coisa e gozar de todos os seus frutos.

Os tribunais apresentam maiores lições sobre o direito de usar da coisa e de perceber seus frutos em confronto com o direito de retenção do possuir:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE PROPRIEDADE. POSSE DE BOA-FÉ. DIREITO DE RETENÇÃO QUE SE TORNAR IRREGULAR COM O USO DA COISA. DEVER DO RETENTOR DE INDENIZAR O PROPRIETÁRIO COMO SE ALUGUEL HOUVESSE.

- O direito de retenção assegurado ao possuidor de boa-fé não é absoluto. Pode ele ser limitado pelos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e da boa-fé objetiva, se forma que a retenção não se estenda por prazo indeterminado e interminável.

- O possuidor de boa-fé tem o direito de detenção sobre a coisa, não sendo obrigado a devolvê-la até que seu crédito seja satisfeito, mas não pode se utilizar dela ou perceber seus frutos. Reter a coisa, não equivale a servir-se dela. O uso da coisa retida constitui abuso, gerando o dever de indenizar os prejuízos como se aluguel houvesse.

- Afigura-se justo que o proprietário deva pagar pelas acessões introduzidas, de boa-fé, no terreno e que, por outro lado, os possuidores sejam obrigados a pagar um valor, a ser arbitrado de forma que o direito de retenção será exercido no limite do proveito que os retentores tenham da propriedade alheia. Recurso especial provido. (REsp 613387 / MG recurso especial 2003/0216722-7 Relator (a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 – TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 02/10/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 10/12/2008).

C) Direito de dispor – *ius abutendi*. Este elemento representa a melhor expressão do direito dominial, sendo a faculdade essencial para a definição deste. Muito

embora os romanos utilizassem a expressão *abutere* para nomear esse atributo, não se pode dizer que era concedido ao homem o poder de abusar da coisa. É certo, porém, que no Direito Romano não lhe era concedido tal prerrogativa, mas, ao contrário, contido a termos compatíveis com a convivência social. No Direito moderno é ainda mais evidente o propósito de coibir o mau uso da coisa ou sujeitá-la ao benefício do bem comum.

Melhor caminho, portanto, traçou os doutrinadores e legisladores modernos ao conferir à expressão *abutender* o sentido de disposição da coisa. Desta forma, é permitido ao senhorio dispor da coisa de forma material ou jurídica, isto é, terá o poder de destruí-la, de aliená-la ou ainda de onerá-la. A exceção a essa prerrogativa será a propriedade resolúvel, em cuja resolução do domínio implica resolução dos direitos reais constituídos na pendência.

D) Reaver a coisa – *rei vindicatio*. Por força deste atributo, é garantido ao *dominus* reclamar a coisa de quem a possua injustamente ou sem título, o que se dá em virtude do seu direito de Seqüela. Assim, garante-se a todo direito uma ação que o assegure. Portanto, mesmo sendo o indivíduo o sujeito da relação jurídica dominial e reunindo em si as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, de nada lhe valeriam tais prerrogativas se não lhe fosse assegurado o direito de perseguir e reaver a coisa de quem as possui ou detém injustamente.

Após desmembrar a propriedade de seus atributos, Lafayette, citado por Caio Mário da Silva Pereira, salienta em sua obra que a essência da propriedade está no direito à “substância da coisa”, assim, se, desde que esta permaneça intacta, os elementos poderão ser destacados em favor de terceiros. (PEREIRA, 2005)

1.3 Restrições ao direito de propriedade

O direito de propriedade nos tempos romanos é apresentado com características marcantes de individualismo e absolutismo. Não se pode negar que tais concepções influenciaram sobremaneira o moderno direito de propriedade. Contudo, mesmo naquela época, embora os romanos vissem na propriedade um direito ilimitado segundo o qual o *dominus* poderia fazer da coisa o que quisesse, este direito sofria limitações, oriundas do direito de vizinhança, das servidões ou do maior interesse público.

A função social da propriedade, tendência latente no direito brasileiro, reclama do ordenamento jurídico normas limitadoras da atuação do *dominus* sobre a sua coisa. O

direito de propriedade sofrerá restrições provenientes do direito de vizinhança, da própria Constituição, de leis infraconstitucionais e de cláusulas impostas voluntariamente nas liberalidades.

A Constituição de 1946 já trazia em seu art. 147 norma programática que condicionava o uso da propriedade ao bem-estar social, demonstrando uma tendência em se contemplar restrições à propriedade em benefício do bem comum.

Em seguida, a Reforma Constitucional de 1967 contempla o assunto no art. 157, estabelecendo a função social da propriedade como meio de se alcançar a justiça social pela ordem econômica.

A exemplo de leis que determinam restrições ao uso da propriedade pode-se citar o Código de Mineração, o Código Florestal, a Lei de Proteção do Meio Ambiente, entre outros.

De ordem administrativa, as restrições são inúmeras, principalmente no intuito de proteger o patrimônio histórico, a fauna, a flora, o equilíbrio ecológico, etc. Há leis especiais que cuidam expressamente dessas questões, tal como o Art. 1.228 §1º do Código Civil, o qual dispõe:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas¹.

Existem limitações provenientes da ordem militar relativas a segurança nacional, como, por exemplo, a requisição de bens particulares para uso das forças armadas em caso de urgência e defesa nacional, bem como de ordem eleitoral, requerendo-se o uso do bem para realização de eleições.

Carlos Roberto Gonçalves resume a finalidade e as consequências oriundas da imposição de restrições ao uso da propriedade, argumentando que:

Todo esse conjunto, no entanto, acaba traçando o *perfil* atual do direito de propriedade no direito brasileiro, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social. (GONÇALVES, 2008).

Citado por Carlos Roberto Gonçalves, Arruda Alvim esclarece doutrinariamente a repercussão, ao direito de propriedade das restrições a ele impostas, aduzindo que no lugar de referir-se a *limitações ao direito de propriedade*, melhor seria,

¹ <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406compilada.htm>

em elementos que participam do *delinear dos contornos do direito de propriedade*, do traçar o seu perfil, tal qual, hoje, se apresenta. Aliás, na realidade, em rigor, o que se ‘limitou’, ou seja, o que se tem *concebido de forma diversa*, não é a essência do direito de propriedade, mas a *extensão da expressão prática dos poderes afetados ao ‘dominus’*, predominantemente. O perfil último e final do direito de propriedade, e da expressão prática dos poderes que dela derivam, se extrai, efetivamente, de um mosaico de leis, de que faz parte a própria Constituição Federal, que prevê o direito de propriedade, passando pelo Código Civil, até às leis de zoneamento, de âmbito municipal. (GONÇALVES, 2008)

O certo é que as restrições apresentam-se como reflexo do movimento socializante que se apresenta no direito brasileiro atual, reconhecido pela doutrina e pela ordem jurídica. A propriedade não é mais vista como um direito absoluto e individual, sendo necessário impô-la certas limitações a fim de garantir e preservar outros direitos igualmente importantes, tais como a segurança, o meio ambiente, a convivência pacífica, o bem-estar, o sossego, a saúde, etc.

Caio Mário da Silva Pereira leciona que “Tudo isso estará compreendido num complexo de limitações ao direito dominial polarizadas na tutela de conveniência diversa dos direitos do dono, sob a inspiração interesse público (Pescatore, Barberó, Barassi, Ugo Natoli)”. (PEREIRA, 2005).

2 O CONDOMÍNIO EDILÍCIO

2.1 Evolução histórica

O fenômeno social e jurídico que deu origem aos condomínios remonta de tempos nos quais a habitação concentrada já era uma realidade que provocava o exame dos juristas da época, contudo não com toda a intensidade e complexidade dos dias atuais.

Aos tempos romanos era possível encontrar casas habitadas por mais de uma família, as quais não exerciam direitos comuns sobre o todo, mas apenas determinavam faculdades sobre partes da coisa, como se autônomas fossem entre si.

Em Roma, a superposição habitacional não era desconhecida e nem indiferente ao direito romano, contudo, não era tolerada a divisão das casas em planos horizontais, uma vez que este sistema ia de encontro aos princípios que regiam a propriedade. À época, entendia-se que a propriedade projetava-se para o alto e para baixo, até os confins, de forma imensurável. Era, portanto, arraigada a convicção de que seria subordinada ao proprietário do solo qualquer edificação sobre ele levantada, incompatível, pois, com a autonomia e a separação dos direitos de quem viesse acima do proprietário deste solo, elementos exigidos pela divisão horizontal.

Os movimentos legislativos do século XIX não disciplinaram consistentemente a matéria. O Código Napoleão, que inaugurou o movimento codificador, não deu importância ao assunto, resumindo-se a determinar que “se os diferentes andares de uma casa não pertencessem ao mesmo proprietário, todos suportariam, por inteiro, as despesas de reparação e reconstrução das paredes mestras e do teto, na proporção do valor de seu andar, cabendo a cada um seu respectivo piso, e a cada um a escada do andar inferior até o seu (Código Civil francês. Art. 664, primitivo)”. (PEREIRA, 1998)

Embora tal normatização importe no reconhecimento, pelos juristas do século passado, quanto à propriedade horizontal, não foi a mesma satisfatória e suficiente para regular as relações jurídicas oriundas das construções edilícias mais modernas.

Em consonância com o código francês, o italiano (1865), o português (1867) e o espanhol (1888) também mostraram reconhecimento da existência jurídica da

propriedade horizontal, contudo de forma inexpressiva, sem se prestar a maiores regulamentações. (GONÇALVES, 2008)

No Direito brasileiro pode-se dizer que a matéria remonta ao tempo das *Ordenações do Reino*, contudo, após codificado nosso direito, o diploma de 1916 deixou de regulamentar a divisibilidade por andares.

Assim, é certo que não existia uma regra quanto à aceitação ou ao repúdio a idéia de divisão horizontal da propriedade. Nem o Direito romano e nem o movimento codificador do século XIX refletiram um sentimento consensual quanto a essa matéria.

No século XX, porém, o crescimento das aglomerações urbanas, com o desenvolvimento vertical das cidades e com o encarecimento das obras, tornou-se imperioso o disciplinamento jurídico quanto à apropriação da coisa frente a nova dinâmica de comunhão.

Isto porque, muito embora não fosse desconhecida a existência da propriedade horizontal no Direito brasileiro e internacional, nada se tinha de concreto e satisfatório que pudesse auxiliar o aplicador do direito na resolução dos conflitos relativos à matéria. Razão pela qual foram obrigados, os doutrinadores, a buscar uma solução válida, tendo, muitas vezes, vacilado na fixação do conceito jurídico, não estando, até o momento, completamente aparelhado para enunciar uma doutrina pacífica.

Diante da necessidade relatada, em todo o plano internacional, foi sendo regulamentada a divisão horizontal da coisa imóvel, de modo que em Portugal (Dec.-Lei nº 40.333/55 e Código de 1966), na Bélgica (Lei de 1924 modificou o Código Civil), na França (Lei de 28/06/1938 alterou o Código), na Itália (Legislação de 1934 e 1935 e arts. 1117 e segs. do novo Código Civil), na Espanha (art. 396 do Código alterado pela lei de 1939), na Argentina (Lei de 1948), no Chile (1937), no Uruguai (1946), na Venezuela (1957), no México (Código de 1928) e na Grécia (Código Civil de 1946) foram erigidas normas tendentes a discipliná-la. (PEREIRA, 1998)

O Direito brasileiro não ficou alheio à necessidade de atender à imposições do novo direito de propriedade, razão pela qual foi editado o Dec. Nº 5.481/28, modificado pelo Dec.-Lei nº 5234/43 e pela Lei nº 285/48, que criaram técnicas de divisão do prédio em andares. (GONÇALVES, 2008; CASCONI E AMORIM, 2006)

Importante destacar ainda que a expressão “propriedade horizontal” embora largamente conhecida na doutrina brasileira e mundial, não é costumeiramente utilizada

pelos juristas modernos. A expressão tem origem na análise da divisão vertical promovida no tempo romano, em que era possível projetar a propriedade para o alto e para baixo *ad infinitum*. A partir daí, alguns escritores começaram a fazer correspondência entre a construção sobreposta de andares como sendo uma propriedade *horizontalmente dividida* e contraposição àquela divida verticalmente pelos romanos. Esta nomenclatura é usada principalmente por Caio Mário da Silva Pereira, o qual citou em sua obra *Condomínio e Incorporações* as expressões mais comumente utilizadas pelos autores, aduzindo:

CARLOS MAXIMILIANO adotou *condomínio relativo*; ESPÍNOLA opta por *condomínio de edifícios com apartamentos autônomos*; CAMPOS BATALHA prefere *condomínio por andares ou apartamentos*; SERPA LOPES sugere *propriedade em planos horizontais*; ZOLA FLORENZANO prefere *Condomínio e Incorporações*; J.N. FRANCO e N. GONDO referem-se a *Condomínio em Edifícios*; e ainda os que aludem à *Incorporações Imobiliárias* (ORLANDO SOARES, FRANCO E GONDO). (CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, 1998)

A partir do novo código civil de 2002 a propriedade horizontal passou a ser identificada pela nomenclatura mais difundida na doutrina moderna, qual seja, *condomínio edilício*. No presente trabalho não nos ateremos às discussões doutrinárias acerca da melhor nomenclatura aplicada ao instituto, por não ser significativo ao objeto deste, portanto, utilizaremos os termos aceitos e utilizados pela doutrina de forma indiscriminada.

Seguindo a cronologia histórica no direito brasileiro, em 16 de dezembro de 1964 foi promulgada a Lei nº 4.591, denominada *Condomínio e Incorporações*, a qual dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Esta lei se propõe a regulamentar as edificações ou conjunto de edificações, caracterizando-se esta como a construção sob forma de unidades autônomas, as quais corresponderão a uma *quota ou fração ideal* do terreno e das partes e coisas comuns.

A Lei nº 4.591 foi a principal fonte jurídica relativa à propriedade horizontal no Brasil até o advento da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 que criou o novo Código Civil brasileiro, no qual o legislador deteve-se a criar dois capítulos relativos a condomínios, um sobre condomínio em geral (arts. 1.314 à 1.330) e outro sobre condomínio edilício (arts. 1.331 à 1.358), derogando a Lei nº 4.591/64, conforme defende Hamilton Quirino Câmara, *in verbis*:

Em primeiro lugar, continuam plenamente em vigor os artigos 28 a 70 da Lei nº 4.591/64, que cuidam da incorporação imobiliária.

[...]

Assim, pelos princípios insculpidos no artigo 2º da Lei de Introdução do Código Civil, a respeito da vigência da lei no tempo e no espaço, continuam em vigor as normas não revogadas expressamente, ou que não se tenham tornado incompatíveis com o novo texto.

Três exemplos podem ser dados de dispositivos que a nosso ver continuam em vigor na Lei nº 4.591/64: o artigo 24, §4º, que cuida do voto do locatário, o artigo 22, §5º, que cuida da destituição do síndico, e o artigo 12, §5º, que cuida da renúncia aos direitos de condômino.

Portanto, ocorreu mera derrogação (revogação parcial) e não ab-rogação (revogação total) em relação aos artigos 1º ao 27 da Lei nº 4.591 pelo novo Código Civil. (CÂMARA, 2010)

Muito embora as normas trazidas pelo novo Código Civil, a matéria relativa a condomínios edilícios ainda apresenta muitas lacunas, haja vista a dinamicidade das relações jurídicas oriundas das interações sociais em condomínios, as quais devem ser resolvidas pelo aplicador do Direito no caso concreto.

Por este motivo, algumas nuances envolvendo as relações sociais em condomínio ainda carecem de orientações pacíficas, sendo facilmente encontradas decisões judiciais e doutrinas defendendo teses diametralmente opostas sobre diversos assuntos, estando o assunto a merecer estatuto próprio .

2.2 Definição e conceito de condomínio

O vocábulo condomínio vem da composição latina *cum*, que significa conjuntamente, e *dominium*, que significa domínio, de *dominus*, senhor. De Plácido e Silva menciona em sua obra Vocabulário Jurídico, que condomínio significa, *in verbis*:

palavra formada da preposição com e do substantivo domínio, do latim *dominium* (direito de propriedade), assinala a circunstância de ser a propriedade pertencente a mais de uma pessoa.

Desse modo, tecnicamente, condomínio, na linguagem do Direito Civil, significa o direito simultaneamente tido por várias pessoas sobre o mesmo objeto, incidindo tal direito não em uma parte determinada, mas num quinhão ideal, atribuído segundo a força do direito próprio de cada pessoa. (THELMA ARAÚJO ESTEVES FRAGA E CLEYSON DE MORAES MELLO, 2003)

A noção tradicional de propriedade está diretamente ligada à idéia de assenhoramento sobre a coisa com exclusão de qualquer outro sujeito, caracterizando a *exclusividade* da propriedade. Por outro lado, a noção de condomínio contempla o exercício do direito dominial por mais de um dono, simultaneamente.

Existe, portanto, um conflito aparente entre dois conceitos contraditórios, quais sejam, a exclusividade proposta pela noção de propriedade e a comunidade de interesses assentada pelo condomínio.

A incompatibilidade entre a pluralidade de proprietários e o conceito de propriedade é tema de análises que remontam aos tempos romanos, em que grandes jurisconsultos, tal como Celso, defendiam a impossibilidade de que duas ou mais pessoas detenham a posse ou a propriedade solidariamente sobre a mesma coisa, dizendo: *duorum vel plurium in solidum dominium vel possessionem esse non potest*. Vale dizer pois que a propriedade, senhoria universal sobre a coisa, não pode pertencer a mais de um *dominus* simultaneamente, sendo todavia lícita sua pertinência a mais de um sujeito, *pro parte*.

Caio Mário da Silva Pereira define que o condomínio se dará quando “a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes” (PEREIRA, 2005). É atribuído a todos os condôminos o poder jurídico sobre a coisa, assegurando-lhes a exclusividade frente a terceiros e disciplinando-lhes seus comportamentos e as suas participações quanto à utilização do objeto.

Os condôminos não terão a plenitude dominial sobre uma parcela física determinada da coisa e sim direito a uma *quota* ou *fração ideal* sobre todo o bem. A *fração ideal* é um conceito jurídico e ficto que não se prende a um fragmento físico do bem, mas ao direito qualitativamente igual dos comunheiros sobre a totalidade da coisa, limitado este à proporção quantitativa com que o condômino concorre com os demais co-proprietários na titularidade do conjunto.

A partir desta noção de *quota* ou *fração ideal* é possível vencer a barreira da aparente incompatibilidade entre a comunhão de direito do condomínio e a exclusividade da propriedade. A coexistência de direitos sobre dada coisa será exercido comunitariamente por uma pluralidade de donos com exclusão de todos quantos sejam estranhos à comunhão.

Esta noção de condomínio, aplicada no Brasil, tem origem romana, denominado *condominium iuris romani*, não se confundindo com o condomínio germânico, pelo qual a coisa pertence à coletividade e não aos condôminos, tendo estes apenas direito de uso

e de gozo, não sendo, pois, sujeitos, individualmente, de direitos sobre a própria coisa. O condomínio germânico considera-se como propriedade coletiva ou de *mão comum*.

Arnoldo Wald ensina que “o Direito brasileiro admitiu a concepção romana do condomínio, baseada no conceito de cota ideal, embora houvesse em nosso direito de família um resquício do condomínio germânico, que é a comunhão universal de bens existentes entre os cônjuges”. (WALD, 1995)

Sílvio de Salvo Venosa argumenta que o condomínio é “modalidade de comunhão específica do direito das coisas”, ou seja, o condomínio pressupõe a comunhão de interesses e direitos voltados especificamente a uma coisa. Para este renomado autor, haverá comunhão de interesses quando aos comunheiros forem atribuídos direitos igualmente graduados, harmônicos e compatíveis sobre a coisa, de modo que sejam exercidos por estes individual, simultânea e concorrentemente, sem exclusão dos demais. (VENOSA, 2011)

De acordo com Carlos Maximiliano, citado por Carlos Roberto Gonçalves, a “comunhão, no sentido próprio, técnico, estrito, ocorre toda vez que pertence uma coisa simultaneamente a duas ou mais pessoas em virtude de um direito real. Há comunhão de propriedade, servidão, usufruto, uso e habitação. Denomina-se condomínio em geral a comunhão de propriedade”. (GONÇALVES, 2008)

Para Carlos Roberto Gonçalves existirá condomínio ou domínio comum quando os direitos elementares do proprietário, definidos no art. 1228 do CC/02, pertencerem a mais de um titular. Configurar-se-á o condomínio, pois, quando determinado bem pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igualdade de direitos, idealmente, sobre o todo e sobre cada uma de suas partes. (GONÇALVES, 2008)

J.M. de Carvalho Santos, citado por Thelma Araújo e Cleyson de Moraes, por sua vez, aduz que o condomínio “é forma anormal de propriedade, em que o sujeito do direito não é um indivíduo, que o exerce com exclusão dos outros, são dois ou mais sujeitos que exercem o direito simultaneamente”. (FRAGA E MELLO, 2003).

Washington de Barros Monteiro, citado por Carlos Roberto Gonçalves, esclarece a diferenciação dos poderes jurídicos dos consortes entre si e destes frente a terceiros. Segundo ele, o direito de cada condômino perante terceiros engloba a totalidade dos poderes inerentes ao direito de propriedade, no entanto, entre si, tais poderes são limitados, na medida da fração de ideal de cada condômino. Para Washington de Barros

Monteiro o Código Civil brasileiro “aceitou a teoria da subsistência, em cada condômino, da propriedade sobre toda a coisa, delimitada naturalmente pelos iguais direitos dos demais consortes; entre todos se distribui a utilidade econômica da coisa, o direito de cada condômino, em face de terceiros, abrange a totalidade dos poderes imanentes ao direito de propriedade; mas, entre os próprios condôminos, o direito de cada um é autolimitado pelo de outro, na medida de suas quotas, para que possível se torne sua coexistência”. (GONÇALVES, 2008)

O condomínio geral era regulado pelos artigos 623 a 645 do Código Civil de 1916, vindo a ser disciplinado pelos artigos 1314 a 1330 do Código Civil de 2002 e o condomínio edilício pelos seus arts. 1331 e segs.

Quanto à sua forma, o condomínio poderá ser classificado como *pro indiviso* ou *pro diviso*. No condomínio *pro diviso* a comunhão é somente de direitos, pois cada condômino encontra-se localizado em parte certa e determinada da coisa, agindo nesta porção como dono exclusivo. No condomínio *pro indiviso* a comunhão é de direito e de fato, pois não há partes certas definidas para cada consorte.

Alguns autores costumam citar como exemplo de condomínio *pro diviso* o condomínio edilício, uma vez que cada condômino ocupa uma unidade que é exclusiva e autônoma, no entanto, é preciso se ter em consideração que no que se refere às áreas de utilização comum, todos os comunheiros são donos da totalidade na medida de sua fração ideal, sem que seja possível fazer uma determinação do fragmento material pertencente a cada um, o que caracteriza o condomínio *pro indiviso*.

Embora tenham sido apostas inúmeras definições relativas a condomínio, algumas características entoaram de forma regular e pacífica, quais seja, a pluralidade de proprietários sobre a coisa, o exercício do direito de forma igualitária e simultânea, sem exclusão dos direitos dos demais condôminos e a exclusividade frente terceiros estranhos à comunhão.

2.3 Do condomínio edilício

O desenvolvimento urbano, a valorização dos terrenos citadinos, a pressão populacional, a necessidade de aproveitamento de espaço e a melhor divisão de encargos com moradia, suscitaram a idéia de instituir condomínio nos prédios de mais de um andar, de forma que os andares fossem distribuídos por diversos proprietários.

Muito embora a idéia de sobreposição de propriedades remonte de tempos, os condomínios em edificação não foram contemplados pelo Código Civil de 1916, mas somente passaram a ser regulados a partir da edição da Lei nº 4.591/64 e, posteriormente, pela Lei nº 10.406/02 que criou o Código Civil brasileiro em vigor.

Condomínio edilício é a nomenclatura escolhida pelo legislador a partir do novo Código Civil brasileiro de 2002 para nomear o condomínio especial dos edifícios coletivos e estão regulamentados neste diploma nos arts. 1.331 ao 1.358.

Embora nomeada pela doutrina como outros denominações, o legislador optou pelo termo *edilício* defendendo sua escolha na Exposição de Motivos do Código Civil de 2002 da seguinte maneira:

Fundamentais foram também as alterações introduzidas no instituto que no Projeto recebeu o nome de ‘condomínio edilício’. Este termo mereceu reparos, apodado que foi de ‘barbarismo inútil’, quando, na realidade, vem de puríssima fonte latina, e é o que melhor corresponde à natureza do instituto, mal caracterizado pelas expressões ‘condomínio horizontal’, ‘condomínio especial’ ou ‘condomínio em edifício’. Na realidade, é um condomínio que se constitui, objetivamente, como *resultado do ato de edificação*, sendo, por tais motivos, denominado ‘edilício’. Esta palavra vem de ‘aedilici (um)’, que não se refere apenas ao edil, consoante foi alegado, mas, como ensina o Mestre F.R. Santos Saraiva, também às suas atribuições, dentre as quais sobreleva a de fiscalizar as construções públicas e particulares.

[...]

A doutrina tem salientado que a disciplina dessa espécie de condomínio surgiu, de início, vinculada à pessoa dos condôminos (*concepção subjetiva*) dando-se ênfase ao que há em comum no edifício, para, depois, evoluir no sentido de uma *concepção objetivo*, na qual o condomínio se instaura numa relação de meio a fim. Deve ser necessário distinguir, de maneira objetiva, entre os atos de *instituição* e os de *constituição* do condomínio, tal como se configura no projeto. Para expressar essa nova realidade institucional é que se emprega o termo ‘condomínio edilício’, designação que se tornou de uso corrente na linguagem jurídica italiana, que, consoante lição de Rui Barbosa, é a que mais guarda relação com a nossa. Estas, como outras questões de linguagem, devem ser resolvidas em função das necessidades técnicas da Ciência Jurídica, e não apenas à luz de critérios puramente gramaticais.

As legislações nasceram da necessidade de regulamentação específica para atualização do regime condominial dos edifícios de apartamentos e similares, bem como para coibir abusos e normalizar os negócios em torno da construção nesse setor.

A essência do condomínio edilício reside na existência simultânea de partes de utilização exclusiva – unidades autônomas – e partes de utilização comum a todos, sendo o direito dominial sobre estas regulado pelas convenções condominiais. Daí assentar-se a conceituação do condomínio edilício na reunião indissociável da

propriedade exclusiva sobre a unidade e a co-propriedade sobre as partes e coisas comuns.

O art. 1331 do Código Civil determina que nas edificações “podem haver” partes exclusivas e outras comuns, no entanto, tal redação mostra-se imprecisa uma vez que a coexistência entre partes comuns e partes exclusivas é essencial para que se caracterize o condomínio edilício, conforme aduz o renomado autor Caio Mário da Silva Pereira:

Embora haja assentado o conceito de condomínio edilício na conjunção perpétua e inseparável da propriedade exclusiva e da co-propriedade, o *caput* do art. 1.331 tem enunciado pouco feliz, quando declara que nas edificações ‘poder haver’ partes que são propriedade exclusiva e partes que são propriedade comum dos condôminos. A redação é inadequada, porque, ao dizer que ‘pode haver’, insinua o preceito à preposição contrária (‘não pode haver’). Mas isso seria negação do condomínio edilício, que não sobrevive se deixarem de coexistir as partes comuns com as de uso exclusivo. (PEREIRA, 2005)

A cada unidade autônoma corresponde uma fração ideal – representativa - das partes comuns. Assim, é possível nos condomínios edilícios que o proprietário alienie ou grave livremente sua unidade exclusiva juntamente com a fração ideal da parte comum vinculada a ela, sem que para tanto seja necessária a anuência dos demais condôminos e nem o direito de preferência destes. Esta é uma das principais características diferenciadoras do condomínio geral e do especial.

As unidades autônomas podem consistir em apartamentos, escritórios comerciais, salas, lojas, entre outras, e devem sempre ter acesso à via pública, seja qual for sua natureza ou tipo de utilização, do contrário deixaria de ser *autônoma*.. As partes comuns estão definidas de forma exemplificativa no art. 1.331 do código civil.

Muito se debate doutrinariamente sobre a natureza jurídica do condomínio edilício. Alguns o consideram como nova modalidade de pessoa jurídica, outros como enfiteuse ou mesmo servidão. No entanto, este é um instituto novo, fruto da modernidade, sendo o melhor entendimento aquele que o considera como ente despersonalizado, uma vez que não é em si mesmo sujeito das relações jurídicas relativas às unidades autônomas e partes comuns, mas sim os condôminos. Entretanto, está legitimado a atuar em juízo, ativa e passivamente, no exercício de sua capacidade processual, representado pelo síndico (COC, art. 12, IX), em situação similar à do espólio e da massa falida.

Silvio de Salvo Venosa, a seu turno, reconhece que o legislador não conferiu ao condomínio edilício personalidade jurídica, mas aduz:

No entanto, no mundo negocial o condomínio age tal qual uma pessoa jurídica. Em nossa obra *Direito civil: parte geral* (seção 14.6.2), aduzimos que o direito não pode ignorar realidades. O condomínio de edifícios possui o que denominamos *personificação anômala*, ou personalidade restrita, como preferem alguns. Qualificamo-lo como entidade com personificação anômala.

[...]

O condomínio atua na via negocial como qualquer pessoa jurídica, dentro de seu âmbito de atuação. A realidade não admite outra solução. O condomínio tem, portanto, existência foral (STJ – 4^a T., RE 9.584-SO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, In: Thentônio Negrão, *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, nota 23 ao art. 12). (VENOSA, 2011)

O condomínio especial dos edifícios coletivos pode ser instituído por ato *inter vivos* ou *causa mortis* (CC/02 art. 1332). O ato de instituição, seja *inter vivos* ou *causa mortis*, deve ser inscrito no Registro de Imóveis e deve conter necessariamente: a) a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns; b) a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns e; c) o fim a que as unidades se destinam (CC/02 art. 1332).

O condomínio denominado pelo Código de *edilício* era antes conhecido apenas por *condomínio especial*, isto porque é regulamentado por lei específica e própria. Assim, além da Lei nº 4.591/64 que ainda está parcialmente em vigor, as relações sociais e jurídicas entre os condôminos e as regras de convivência são reguladas por instrumento próprio de cada condomínio, quais sejam, a Convenção e o Regimento Interno. Serão estes instrumentos a lei básica do condomínio, imposta a todos os condôminos presentes e futuros. Estabelece a Súmula 260 do STJ que “A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos”.

A regulamentação trazida pelo art. 1.333 do Código Civil estabelece que a Convenção do Condomínio deverá ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, 2/3 das frações ideais, tornando-se obrigatória desde então para todos os titulares de direitos sobre as unidades, bem como a todas as pessoas que, em caráter permanente ou eventual, ingressem no edifício, no entanto, para que seja oponível a terceiros, deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

A convenção condominial poderá revertir-se de instrumento público ou particular, porém deverá seguir a forma escrita e ser subscrita pelo *quorum* de 2/3.

A natureza jurídica da Convenção não é assunto pacífico entre os doutrinadores. Embora se assemelhe ao contrato por se tratar de união de vontades em um instrumento,

dele se dissocia por se aplicado a quem não participa de sua elaboração, tais como os adquirentes, promitentes, cessionários de direitos, locatários, comodatários ou detentores das unidades.

Caio Mário discorre sobre o assunto defendendo que a convenção é

um ‘ato jurídico plúrimo’ (Kyntze), ou, no dizer de outros, um ‘ato-regra’, criando a normação de conduta para uma determinada comunidade, assegurando direitos e impondo obrigações. Seu fundamento contratualista perde terreno, uma vez que assume caráter normativo para todo o agrupamento social, aplicando-se coercitivamente, inclusive para os que manifestam vontade discordante de sua elaboração ou redação. No seu efeito, assemelha-se à lei, posto que dirigida à vontade de uma comunidade reduzida, e nesse sentido insere-se na teoria das fontes de direito (Gastons Jeze, Leon Duguit, Brethe de La Bressay Et Laborde Lacoste, Serpa Lopes). (PEREIRA, 2005)

A Convenção do Condomínio apresenta-se, pois, como um direito estatutário e condensa em si as disposições condizentes com os interesses particulares de seus condôminos. No entanto, tais regras não podem ofender os mandamentos legais, sob pena de terem sua validade questionada. Assim, aquele particular que tenha seu direito atacado por norma convencional destoante de lei pátria deverá pleitear a invalidação da norma pela via judicial, uma vez que, aprovada por 2/3, a Convenção torna-se obrigatória, somente podendo ser combatida na justiça.

Direito civil. Condomínio. Convenção aprovada e não registrada. Obrigatoriedade para as partes signatárias. Legitimidade do condomínio. Recurso desacolhido. A convenção do condomínio registrada, como anota a boa doutrina, tem validade *erga omnes*, em face da publicidade alcançada, não registrada. Mas, aprovada, faz ela lei entre os condôminos, passando a disciplinar as relações internas do condomínio. (4ª Turma STJ, Resp 63530/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 12.05.98)

A convenção deverá cuidar das normas obrigatórias previstas no art. 1.332, das normas complementares de interesses dos condôminos, das frações ideais e modo de pagamentos das contribuições ordinárias, da administração, das Assembléias, das sanções a que estão sujeitos os condôminos e do Regimento Interno (CC/02, art. 1.334).

Aquilo que não for essencial à constituição e ao funcionamento do condomínio, mas de cunho circunstancial e mutável, deverá ser matéria do *Regimento Interno*, podendo ser estabelecido em documento à parte, muito embora o art. 1.334 cite este documento em um dos seus incisos, como componente da Convenção.

Silvio de Salvo Venosa, ao tratar do assunto, estabelece a relação entre a Convenção e o Regimento Interno dizendo:

O regimento interno está para a convenção como o regulamento administrativo está para a lei. Deve completar a convenção, regulamentá-la, sem com ela conflitar. Ocorrendo conflito, deve prevalecer a convenção. Trata-se, pois, de instrumento complementar, uma terceira fase do condomínio, sucessivo à instituição e convenção. Ao regulamento é conveniente que se releguem normas disciplinadoras de uso e funcionamento do edifício. É inconveniente que dele constem disposições geradoras de preferências ou direitos de condôminos. No entanto, se constarem do regulamento, sua força é igualmente obrigatória, no mesmo molde da convenção que lhe é hierarquicamente superior, devendo ser cumprida (Franco e Gondo, 1988:150). Lembre-se de que o regulamento também fruto de deliberação coletiva, sendo igualmente ato normativo. (VENOSA, 2011)

Uma vez que as convenções condominiais têm caráter normativo, as regras para sua interpretação devem ser as de hermenêutica legal, ou seja, a interpretação gramatical, sistemática, teleológica e histórica. O juiz, em muitos casos, é chamado a interpretar as normas condominiais ou mesmo a legislar no caso concreto mediante o enfrentamento de casos em que a lacunas legais, os quais não são tão raros no que se refere aos condomínios.

2.3.1 Dos direitos e deveres dos condôminos

Tendo em vista a natureza *sui generis* característica do condomínio edilício, mesmo desfrutando de autonomia sobre sua unidade, aos condôminos cabe observar a certos direitos e deveres definidos nas normas convencionais, regimentais e legais.

Estes direitos e deveres estão previstos nos arts. 1335 e 1336 do Código Civil brasileiro, respectivamente, *verbis*:

Art. 1.335. São direitos do condômino:

- I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;
- II - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais comproprietários;
- III - votar nas deliberações da assembleia e delas participar, estando quite.

Art. 1.336. São deveres do condômino:

- I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;
- II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;
- III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;
- IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos propriedadeiros, ou aos bons costumes.

§ 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.

§ 2º O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.

É certo, pois, que há uma adaptação das atribuições do direito de propriedade à condição particular dos condomínios edilícios de coexistência de partes exclusivas e partes comuns.

O proprietário poderá exercer seus poderes de forma ampla sobre a unidade exclusiva, respeitando-se os limites naturais do direito de vizinhança e a regulamentação convencional e regimental. No que se refere às partes e coisas comuns, porém, o direito do condômino, além destes limites, é obrigado a respeitar a destinação dada à edificação, bem como o direito de utilização dos demais moradores.

Nesta esteira de pensamento, os tribunais têm firmado jurisprudência no sentido de que as partes comuns não podem ser usadas por um condômino de modo a impedir ou dificultar o mesmo uso pelos demais condôminos, em consonância com o art. 1.335 do Código Civil, conforme abaixo se infere:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONDOMÍNIO. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA CAPTAÇÃO INDIVIDUAL DE ENERGIA SOLAR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONDOMÍNIO. DEFESA DE INTERESSES COMUNS DOS CONDÔMINOS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA ASSEMBLÉIA PARA ACIONAR IRRELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVA. DESCABIMENTO.

I – O condomínio tem legitimidade para ingressar em juízo visando à defesa de interesses comuns dos condôminos, independentemente de autorização prévia da assembléia geral (CC, art. 1.348, II e V, 1ª parte).

[...]

III – A alegação de que a utilização da área comum da cobertura para instalação de equipamento de construção exclusiva de energia solar seria legal foi afastada pelo Acórdão recorrido, à míngua de autorização dos demais condôminos, bem como de expressa previsão no instrumento de constituição do condomínio, não pode ser acolhida, não podendo a conclusão ser revista em âmbito de Especial dada a base fática da alegação, a teor do enunciado 7 da Súmula desta Corte. Recurso Especial improvido. (REsp 855809 / DF RECURSO ESPECIAL 2006/0117000-7 Relator Ministro SIDNEI BENETI Órgão Julgador – TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 19/08/2010)

Pode usar, fruir e livremente dispor de sua unidade assim como cedê-la, alugá-la, emprestá-la, ocupá-la ou deixar de fazê-lo. Denote-se que, mesmo tais decisões do proprietário, não podem ser tomadas se, eventualmente, suscitam impasses que dizem respeito às regras comuns de convivência, segundo o critério da Convenção do

condomínio. No entanto, quanto às partes comuns, não poderá o condômino utilizar com exclusividade sem a anuência dos demais em sua totalidade.

Silvio de Salvo Venosa alude em sua obra que o principal dever dos condôminos é a de concorrer no rateio das despesas comuns na medida de sua fração ideal, salvo outro critério estabelecido pela Convenção (CC/02, 1.336, I). Diz o renomado autor que este dever é a razão da própria sobrevivência da estrutura condominial, bem como configura uma obrigação *propter rem*, uma vez que está ligada ao *dominus* exercido pela unidade.

O inciso III do art. 1.335 traz, de forma tímida, um fragmento da tendência de alguns doutrinadores de promover restrições ao uso dos direitos de proprietário daqueles condôminos inadimplentes com o pagamento das taxas condominiais decorrentes do rateio das despesas comuns, impedindo-o de participar das Assembléia e de nelas votar.

É também proibido ao condômino a realização de obras que comprometam ou possam comprometer a segurança do edifício, mesmo que no interior de sua unidade, bem como lhe será exigido que faça reparos em suas unidades que possam provocar danos às áreas comuns ou aos demais condôminos.

Entre os deveres dos co-proprietários está o de não promover a alteração da forma e da cor da fachada, das partes e esquadrias externas. Muito se debate na doutrina sobre os limites dessa proibição e sobre os conceitos e delimitações dos termos *fachada*, *partes e esquadrias externas*.

Importante é destacar, outrossim, que mesmo havendo plenitude no exercício dos direitos de propriedade sobre as unidade autônomas, a própria lei estabelece limites nas alterações promovidas nesta que importem em modificação visual do conjunto arquitetônico do edifício. Busca o legislador coibir alterações indiscriminadas das cores e dos formatos das partes externas das unidades individuais de forma a causar poluição visual, perda da harmonização e identidade da arquitetura e consequente desvalorização dos imóveis e do próprio condomínio.

Condomínio - Edifício - Fechamento de varanda com vidro – Hipótese de alteração na fachada do prédio – Descabimento – Determinação para retirada dos vidros – Ação cominatória procedente – Recurso improvido, com observação. (TJSP – Ap. Cível 268.653-4/0, 6-5-2009, 8ª Câmara de Direito Privado – Rel. Caetano Lagrasta).

Qualquer condômino que deseje realizar alteração na fachada de sua propriedade exclusiva deverá submeter-se a aprovação unânime dos demais comunheiros.

Nos Estados Unidos e na Europa é possível verificar a existência de condomínios seletivos, criados com destinação exclusiva para determinados grupos sociais, como, por exemplo, para pessoas idosas ou casais sem filhos.

No Brasil, embora não tão aprofundadamente, é exigido pelo Código Civil em seu art. 1.332 que o condomínio em edificação estabeleça em sua convenção a sua destinação, ou seja, se terá fim residencial, comercial, empresarial, clínico (saúde), entre outros. Determinada a finalidade, todos os condôminos deverão observá-la e cumpri-la.

A boa convivência social é questão central e vital da vida em condomínio. A segunda parte do inciso IV do art. 1.336 do Código Civil proíbe o condômino de utilizar sua parte exclusiva de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos demais possuidores, bem como deverá respeitar os bons costumes. Esta regulamentação é bastante ampla, trazendo em si consequências significantes para as interações sociais nos condomínios.

A jurisprudência assume responsabilidade ao detentor do imóvel que pela má utilização deste causa danos materiais ou morais ao condômino vizinho, tal como se infere da decisão a seguir:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFILTRAÇÕES E VAZAMENTOS EM IMÓVEL. MAU USO E MÁ CONSERVAÇÃO DO APARTAMENTO SUPERIOR. LEGITIMIDADE PASSIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LOCATÁRIO. POSSIBILIDADE. NATUREZA PESSOAL. DIREITO COMUM. ART. 159, CÓDIGO CIVIL. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A indenização por danos morais, nos termos do art. 159 do Código Civil fundada no direito comum, pode ser exigida contra qualquer pessoa que, por dolo ou culpa, tenha ocasionado ou contribuído para a ocorrência de uma dor, seja ela qual for.

II – O locatário pode ser responsabilizado pelos danos morais que venha a causar a proprietário de apartamento vizinho, pelo mau uso do imóvel, causando perturbação, além de comprometer a segurança, o sossego ou a saúde do vizinho.

[...]

(REsp 157580 / AM RECURSO ESPECIAL 1997/0087098-7 Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA Órgão Julgador QUARTA TURMA Data do Julgamento 18/11/1999 Data da Publicação/Fonte DJ 21/02/2000).

Percebe-se claramente que o legislador estabeleceu uma tendência de predominância dos interesses sociais e comuns frente aos interesses particulares. Desta forma, os condôminos, mesmo em suas unidades autônomas, deverão limitar o exercício

dos seus direitos de propriedade aos interesses da comunidade do condomínio, respeitando o sossego, a salubridade, a segurança e os costumes dos demais moradores.

Desde que a Convenção e o Regimento Interno estejam de acordo com a legislação pátria, o condômino é obrigado a obedecer as normas que deles emanam, sob pena de que lhe seja aplicado multa ou outras penalidades.

Ressalte-se neste ponto que as regras condominiais e de vizinhança são exigíveis perante todos os condôminos, locatários, comodatários, familiar, morador, empregados, prepostos, prestadores, entregadores de mercadoria, bem como a qualquer pessoa que, permanente ou eventualmente, ingresse no edifício.

3 A MITIGAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS

3.1 A concepção moderna do direito de propriedade

A propriedade individual vigente, embora conserve em si a mesma terminologia, não conserva o mesmo conteúdo de sua origem. Não se pode olvidar que permanece o poder sobre a coisa e as faculdades sobre esta – gozar, fruir e usar -, mas é inegável que tais faculdades sofrem restrições legais, tão freqüentes e severas que se poderia vislumbrar a criação de novas noções. Essas restrições têm o intuito de impedir abusos de modo que o *dominus* utilize a propriedade como instrumento de dominação arbitrária. Existe, portanto, uma nova tendência sobre o direito de propriedade.

Embora tenha se mostrado fracassado o modelo político que nega a propriedade privada, o capitalismo também tem mostrado profundas alterações em nossa época. O Estado intervém cada vez mais nos meios de produção e na propriedade privada, apresentando forte tendência socializante no Estado capitalista. O liberalismo e o absolutismo pleno da propriedade tornam-se inviáveis.

A propriedade costumava ser vista como um direito subjetivo absoluto, contudo, hoje é consenso que não existe direito absoluto, devendo-se contemplar, sempre, a harmonização mútua de valores. Esse relativismo passou a ter maior destaque a partir da teoria do “abuso de direito”, contemplado em nosso sistema pelo artigo 187 do novo Código Civil. Acabou a idéia de propriedade como um direito potestativo, ao qual os terceiros tinham que se submeter.

Caio Mário da Silva Pereira, em sua obra *Instituições de Direito Civil: Direitos Reais*, apresenta algumas teses acerca da nova dinâmica de aplicação do direito de propriedade, *in verbis*:

Tal tendência ora se diz ‘humanização’ da propriedade, ora se considera filiada a uma corrente mais ampla com o nome de ‘paternalismo’ do direito moderno (Colin e Capitant), ora se entende informada a nova noção pelos princípios do ‘relativismo’ do direito (Josserand). Outros acreditam que aí se instaura uma tendência à ‘socialização’ do direito ou socialização da propriedade, mas sem razão, porque a propriedade socializada tem

características próprias e inconfundíveis com um regime em que o legislador imprime certas restrições à utilização das coisas em benefício do bem comum, sem contudo atingir a essência do direito subjetivo, nem subverter a ordem social e a ordem econômica. Não obstante a luta das correntes contrárias – individualista e coletivista – sobrevive a propriedade, parecendo ter razão Hedemann quando assinala que é mais uma questão de limite, ou problema de determinar até que ponto a propriedade individual há de ser restringida em benefício da comunidade.

Na verdade, crescem os processos expropriatórios, sujeitando a coisa à utilidade pública e aproximando-a do interesse social. Condiciona-se o uso da propriedade predial a uma conciliação entre as faculdades do dono e o interesse do maior número; reduz-se a liberdade de utilização e disposição de certos bens; sujeita-se a comercialidade de algumas utilidades a severa regulamentação; proíbe-se o comércio de determinadas substâncias no interesse da saúde pública; obriga-se o dono a destruir alguns bens em certas condições. De certo modo os legisladores e os aplicadores da lei em todo o mundo, segundo afirma Trabucchi, mostram-se propensos a atenuar a rigidez do direito de propriedade.

Outros preconizam a ‘publicização’ do direito de propriedade (Savatier), na medida em que a órbita de ação individual cede praça às exigências da ordem pública. E outros, ainda, tratam a propriedade como ‘instituição’ e não como direito. Acreditando e sustentando que os bens são dados aos homens não para que deles extraiam o máximo de benefícios e bem-estar em sacrifício dos demais, porém, para que os utilizem na medida em que possam preencher a sua ‘função social’, defendem que o exercício do direito de propriedade há de ter por limite o cumprimento de certos deveres e o desempenho de tal função. (PEREIRA, 2005)

A idéia de submissão do direito de propriedade ao bem estar social está latente no direito brasileiro e inscrito desde a Constituição Federal de 1946 (art. 147), seguida pela reforma de 1967 (art. 157), pela de 1969 (art. 160) e, por fim, pela Constituição de 1988 (art. 5º, XXIII; art. 182, §2º e art. 186).

Pode-se afirmar, pois, que, embora reconheça o direito de propriedade como garantia constitucional, a ordem jurídica deixou para trás a passividade perante o conflito de interesses e se propôs a intervir neste com propósito de promover o bem comum.

Para Cáio Mário, em qualquer circunstância imposta, o interesse social deve sobrepor-se ao interesse individual, uma vez que o bem-estar de todos sobreleva às conveniências particulares. (PEREIRA, 2005)

O renomado autor Silvio de Salvo Venosa, seguindo o mesmo raciocínio, defende que o direito de propriedade deve ser analisado de forma a melhor contemplar o equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual. Em sua obra *Direito Civil: Direitos Reais*, o jurista discorre sobre a nova concepção deste instituto no direito brasileiro, aduzindo:

Em nosso país, o conceito jurídico de propriedade é o mesmo desde antes da promulgação do Código Civil de 1916. Nem por isso, a par das noções programáticas das várias Constituições que tivemos, concebe-se a propriedade hoje nos tribunais da mesma forma que no início do século 20. O juiz, ao proferir sentença, deve retratar a absorção do sentido social de sua realidade temporal e espacial e não expressar um sentimento individual de justiça, quando então estará substituindo o legislador, criando lei individual e egoísta. Não pode o julgador substituir o Direito; tem o dever de ser seu intérprete. Nessa interpretação e integração de normas reside o papel criador do magistrado.

A própria expressão de gozo e disposição da propriedade de *forma absoluta* no Código Napoleão já não encontrou na França correspondência em leis posteriores que ali trataram do instituto. Sempre se entendeu que o direito absoluto é sua própria negação. Cuida-se nesse aspecto do conceito de abuso de direito” (VENOSA, 2011)

Percebe-se que as feições do direito de propriedade que se apresentam atualmente em muito se afastam das concepções absolutistas e individualistas que marcaram o período romano, esboçando na doutrina moderna uma evolução nas noções do instituto de forma a inseri-lo em um ordenamento jurídico cada vez mais voltado para a preocupação com o social.

3.2 O direito de vizinhança aplicado ao condomínio edilício

O direito de vizinhança é o direito de convivência decorrente da proximidade. Mesmo aqueles que defendem o absolutismo da propriedade, reconhecem que as restrições impostas pelo direito de vizinhança refletem-se em princípios amenizadores daquela concepção.

No direito romano, era conferida ao proprietário a utilização da coisa do modo que melhor lhe aprouvesse, desde que não interferisse na propriedade alheia. (PEREIRA, 2005). Desde então, pois, esboçava-se sutilmente o condicionamento do exercício do direito dominial ao respeito do bem do próximo. Atualmente, entoa-se a idéia de restrição às *interferências*, corpórea ou incorpórea, capazes de causar dano ou incômodo ao proprietário vizinho.

O direito moderno concebe, como esclarecido em tópico anterior, uma noção relativa quanto ao direito de propriedade, assegurando ao *dominus* os exercícios de seus poderes sobre a coisa desde que submetido ao interesse da coletividade. A própria Constituição assegura o direito de propriedade na mesma esteira que lhe confere limites e condicionantes, tais como a função social e a busca do bem-estar social,

reconhecendo, além, as restrições infraconstitucionais necessárias à harmonização do domínio com a convivência social, com a segurança, com a ordem política, etc.

Nesta esteira de pensamentos, alude Caio Mário, citando Ruggiero e Maroi, que a premissa para composição dos conflitos oriundos das relações entre vizinhos será a imposição pela ordem jurídica de limites às faculdades dominiais em favor da harmonia social. O princípio reinante será o da conciliação de interesse, mesmo que para tanto seja necessário aplicar a uma ou a todos às partes sacrifício de seus direitos, ou partes deles, em benefício do bem maior. (PEREIRA, 2005)

Ressalte-se que as regras de convivências são aplicáveis não só aos proprietários, mas a todos os usuários em geral. Assim, as ações derivadas do direito de vizinhança impõem-se e, na mão oposta, competem a proprietários, locatários, usufrutuários, ou quem, por qualquer motivo possui, detém ou utiliza a coisa. O direito surge da qualidade de vizinho e não da de proprietário.

Esse é também o entendimento da jurisprudência, *in verbis*:

Condomínio de Edifício. Locatário. Despesas condominiais. Protesto indevido de título. Ressarcimento dos danos. Locatário que assume a obrigação do pagamento das cotas emitidas em seu nome. Pedido de ressarcimento de danos morais e materiais por protesto que entende indevido. Infração grave do locatário ao regulamento do prédio. Instalação de rádio comunitária, ao arreio das normas legais e condominiais. Edifício de natureza residencial. Sanção imposta ao morador de natureza personalíssima. Desprovimento do apelo por fundamento diverso. (13ª Câmara Cível TJ/RJ, Ap. Cível 2002.001.26633, Rel. Des. Helena Belc Klausner, julgado em 16.04.03)

No condomínio edilício a busca pela convivência harmônica e a imposição de certos limites e restrições ao direito de propriedade para alcançá-la é ainda mais latente. Isto porque a estrutura física de edificação em que é construído essa modalidade de condomínio torna a convivência entre vizinhos ainda mais complicada, exigindo do direito uma nova visão sobre o exercício das atribuições inerentes ao direito de propriedade.

Diante do modelo arquitetônico característico da propriedade horizontal, em que há sobreposição de andares, pertencentes a diferentes proprietários, reclama-se uma nova dinâmica de aplicação do direito de propriedade, de modo a realizar de maneira mais ampla, aprofundada e concreta a predominância do bem-estar social e da convivência harmônica em detrimento dos interesses puramente individuais.

Nos limites de suas unidades autônomas, tem o *dominus* o poder de extrair do bem todas as vantagens, benefícios, fruição e gozo que lhe aprouver, utilizando a coisa conforme sua vontade. Contudo, esta utilização não poderá ser indiscriminada a ponto de inferir sacrifício aos direito de seu vizinho.

Daí a regulamentação do Código Civil de 2002, o qual estabelece em seu art. 1.277 que “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem 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”.

Perceba-se que a norma não exige a configuração de culpa do interferente para que nasça o direito de fazer cessar as causas prejudiciais. Desde que a utilização da unidade individual esteja causando prejuízos à segurança, ao sossego ou à saúde de outro condômino, será considerado pela doutrina dominante que há “uso anormal da propriedade”, nascendo para o prejudicado o direito de pleitear a interrupção do ato danoso.

Imperioso, contudo, aferir-se a delimitação teórica do uso anormal da propriedade. Atente-se primeiramente à graduação dos danos causados. Se o ato prejudicial contiver-se a limites toleráveis, à vista das circunstâncias do caso, não se imporá ao proprietário a restrição ao uso de seu bem por um mero incômodo, uma vez que a própria convivência social implica a necessidade de um pouco de limitação de parte a parte, a fim de que sejam atendidos, no conjunto, os interesses gerais. Somente haverá restrição se o incômodo ultrapassar os limites do tolerável.

Além disso, é preciso avaliar os usos e costumes do local para melhor se aferir o ambiente em que se desenvolve o deslinde. Não é possível ao direito aplicar os mesmos padrões de convivência a um edifício residencial e a um comercial ou empresarial.

Discorrendo sobre o assunto, Caio Mário bem sintetiza a problemática aduzindo que:

O Código Civil de 2002 não minudencia os casos de uso anormal da propriedade, mas fornece alguns elementos balizadores para a sua aferição: a natureza da utilização, a localização do prédio, o atendimento às normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança (art. 1.277, parágrafo único). A doutrina, por sua vez, contribui para o deslinde do que seja considerado *uso anormal*, exemplificando com a presença de ruídos excessivos, festas noturnas, emissão de fumaça ou fuligem, gases tóxicos, poluição de águas, criação de animais que exalem maus cheiros ou enxameiem moscas, etc. (Beviláqua, Mazeaud e Mazeaud, De Page). (PEREIRA, 2005)

Em suma, o uso da propriedade sofrerá restrições oriundas do direito de vizinhança sempre que houver uso anormal, configurando-se este pela provocação de prejuízos ao sossego, à salubridade ou à saúde de outro condômino, observando-se a extensão dos danos e os costumes do local.

As medidas judiciais a serem implementadas pelo condômino incomodado serão a ação indenizatória, quando o dano já se efetivou, sem prejuízo de pedido de reparação de danos morais, e as ações de fazer ou de não fazer combinadas com multa diária. Estas ações podem vir separadas ou cumuladas e têm o intuito de pleitear o pagamento de quantias relativas aos danos causados ou à cessão dos atos perturbadores, respectivamente.

3.3 Conflito: o direito brasileiro admite a mitigação do direito de propriedade nos condomínios edilícios?

Como já explicado anteriormente, os condomínios edilícios são regidos por diplomas próprios, denominados Convenção (CC/02, art. 1.333) e Regimento Interno (CC/02, art. 1.334, V), os quais têm o condão de regular a instituição e a regulamentação das normas de convivência entre seus moradores.

O condomínio edilício nada mais é do que a reprodução em menor escala de um cenário social. Comparando-o a um país, no condomínio edilício existe a figura de um síndico, reproduzindo a figura do chefe do Poder Executivo; existe uma Assembléia, correspondendo ao Poder Legislativo; há ainda o Conselho Fiscal, que auxilia o síndico em sua administração, como sendo o Tribunal de Contas, o Ministério Público ou mesmo o Conselho da República; ademais, tanto a Assembléia quanto o Conselho assumem o papel do Poder Judiciário, na medida em que aplicam sanções às infrações das normas internas. Além disso, há nos condomínios edilícios a Convenção e o Regimento Interno, a representar a Constituição e regulamentação desta, respectivamente. Explica J. Nascimento Franco:

Ao traçar as normas de utilização do edifício, nas suas partes privativas e nas de uso comum, a Convenção visa resguardar, em proveito de todos, o patrimônio condonial, o bom nível do edifício e a moralidade do ambiente, num sistema de normas que, mais rigorosamente do que as decorrentes do direito de vizinhança, objetivam garantir a todos os ocupantes das unidades autônomas sossego, tranquilidade e segurança. Daí o entendimento segundo o qual representa a vontade dos que a elaboraram, assim como constitui ato normativo, de caráter estatutário. (FRANCO, 20005)

Continua o autor:

Há, ainda, o dever de cumprimento daquelas disposições aprovadas pelos próprios condôminos na Convenção do Condomínio, as quais constituem lei particular do agrupamento dos integrantes deste, e estão sujeitos a estrita obediência. Se ali constar que a porta externa do edifício se feche a determinada hora, ou que determinadas pessoas não podem circular pelo *hall* social, ou usar o elevador social, ou que nenhum condômino tem a faculdade de manobrar seu carro na garagem comum, ou que não podem permanecer crianças nos corredores, os condôminos e seus locatários, todos os habitantes, em suma, são obrigados a tais preceitos, sob as sanções impostas no mesmo regulamento ou convenção. Trata-se, é bem verdade, de normas restritivas da liberdade individual, mas, da mesma forma que toda vida em sociedade impõe a cada um limitações à sua atuação livre em benefício do princípio social de convivência, assim também naquele pequeno agrupamento de pessoas, que compõem uma comunidade especial, adotando como normas convenientes à tranqüilidade interna destas certas limitações à liberdade de cada um em proveito da melhor harmonia do todo, têm aquelas restrições e limitações um sentido de princípio de disciplina social interna, de natureza cogente a todos os que penetram no círculo social restrito. (FRANCO, 20005)

A estrutura física dos condomínios edilícios, em especial os edifícios de andares sobrepostos, dificulta a convivência entre os vizinhos, uma vez que as unidades autônomas são muito próximas, separadas muitas vezes por uma fina parede, teto ou piso, prejudicando a privacidade e a individualidade de cada proprietário no interior de seu bem. Esta situação reclama normas reguladoras da convivência, de modo a alcançar a harmonização entre direitos e o bem-estar social.

O direito de propriedade da unidade autônoma, em que o *ius utendi, fruendi et abutendi* é o mais amplo possível, como na propriedade em geral, sofre restrições de vizinhança impostas pela convivência material da coisa, em planos horizontais. Caio Mário da Silva Pereira tece explicações sobre coexistência do direito de propriedade e suas limitações:

A iniciativa individual imaginou no *edifício de apartamentos* uma forma nova de domínio, em que a propriedade do solo converte-se em uma quota-parte de um espaço necessário a certa aglomeração. Desloca-se o conceito dominial da exclusividade para a utilização comum, restando o poder exclusivo reduzido a uma unidade do conjunto, e mesmo assim onerada de pesadas restrições.

Nos condomínios em edificação, coexistem partes que são de uso exclusivo de cada condômino e partes de uso comum a todos. Quanto a estas, a lei é clara em determinar que o uso por um comunheiro não pode impedir idêntico uso pelos demais (CC/02, art. 1.335, II). Contudo, esta norma de maneira geral também poderá ser aplicada à utilização das unidades autônomas, uma vez que, o condômino não poderá utilizar seu bem de modo a prejudicar o uso do bem do próximo. Assim, a lei, por força

do art. 1.336 IV do CC/02, proíbe atos praticados dentro das unidades autônomas que importem em prejuízo à saúde, ao sossego, à salubridade de outro condômino ou que de qualquer maneira ataquem os bons costumes. Assim dispõe a norma:

Art. 1.336 – São deveres do condômino:

IV – dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, **e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes (grifo nosso).**

Por força desta regra e da necessidade de regulamentação dos atos dos moradores desta comunidade restrita para uma coabitação saudável, as normas convencionais, regimentais e as leis criam restrições ao uso do bem de propriedade exclusiva, impedindo que este se sobreponha ao direito dos demais.

Pode-se citar como exemplo dessas limitações o impedimento de se alterar a cor e a forma da fachada, partes e esquadrias externas das unidades particulares, de se criar animais de grande porte ou barulhentos dentro do bem, de se fazer barulho extravagante ou em horário inoportuno mesmo que dentro do apartamento, entre outros.

Assim, muito embora o direito de propriedade sobre a coisa importe na possibilidade de uso, gozo e fruição do senhorio do modo que melhor lhe convém, este uso, nos condomínios edilícios, sofrerá ainda maiores e necessárias restrições em favor do bem comum, impedindo que a coisa seja utilizada de modo a causar prejuízos aos direitos de outros condôminos.

3.3.1 Alteração da cor e forma da fachada, partes e esquadrias externas

Pelo sentimento popular, não seria aceitável a um proprietário ser impedido de pintar seu bem da cor que desejasse, ou mesmo de instalar grades em sua varanda. Alguns poderiam alegar que tal proibição configuraria grave ataque ao direito constitucionalmente garantido à propriedade, uma vez que restringe o direito de uso e gozo do bem como melhor lhe aprovou. Contudo, quando se traz o caso para um condomínio edilício, a situação pede análise mais aprofundada e cuidadosa.

Qualquer alteração que seja feita nas unidades autônomas pela parte externa provocará alteração na fachada do condomínio como um todo. Levando-se em consideração que cada condômino realizasse uma alteração diferente da cor e da forma das portas, das varandas e de toda a fachada externa da unidade, o edifício perderia sua

identidade e sua harmonia arquitetônica, podendo causar, pela poluição visual, a desvalorização de todo o empreendimento e dos imóveis em particular.

Além disso, é certo afirmar que o bom senso e o bom gosto são conceitos variáveis, alterando-se de pessoa para pessoa. Assim, um indivíduo que compra um apartamento em um edifício residencial para lá habitar com sua família e pode se ver obrigado a conviver diariamente com pinturas escandalizadoras, a seu ver, na porta da unidade de seu vizinho.

Em minha experiência profissional numa empresa administradora de condomínios na cidade de Fortaleza, foi relatado o caso esdrúxulo em que um condômino, a seu bel prazer, realizou a pintura de uma caixão funeral na porta pelo lado externo de sua unidade autônoma. Em outra situação, o proprietário fechou a sacada de seu apartamento com vitrais em que se esboçava os contornos do corpo desnudo de uma mulher.

Tais situações, além de gerarem desvalorização dos imóveis, ainda causam grandes transtornos aos moradores do condomínio, importando na difícil convivência entre os comunheiros.

Diante de tais considerações, no que se referem às fachadas, às partes e às esquadrias externas, a lei, acompanhada das convenções condominiais, impede alterações substanciais que provoquem modificação no padrão arquitetônico do prédio. Portanto, mesmo sendo detentor da propriedade exclusiva da unidade, o condômino é impedido de exercer a faculdade de alterar certas partes desta, em benefício do interesse de toda a comunidade deste condomínio. Nesse sentido, o seguinte julgado:

Apelação cível. Condomínio. Ação cominatória. Alteração de fachada do prédio. Grades na janela externa de unidade condominial. Alteração substancial da uniformidade do prédio, porquanto avança os limites da face externa do edifício. Impossibilidade, ante a ausência da aquiescência dos demais condôminos. Exegese do art. 10, §2º, da Lei nº 4.591/64, bem como do art. 11 da convenção condominial. Honorários advocatícios. Manutenção. Valor razoável fixado na sentença. Recurso de apelação ao qual se nega provimento. (TJRS – Ap. Cível 70023216989, 20-0-2008, 18ª Câmara Cível – Rel. Pedro Celso Dal Pra)

3.3.2 Animais

Em alguns condomínios a Convenção proíbe, terminantemente, a manutenção de animais nas unidades autônomas, enquanto em outros, estabelecem-se condicionantes para isso, tais como o tamanho do animal ou o incômodo causado por este.

Numa análise superficial, também seria possível repudiar tais proibições ou condicionantes alegando-se que o direito de propriedade possibilita ao senhor do bem usá-lo como queira, inclusive criando em seu interior animal de estimação.

Todavia, deve-se sempre ter em mente que no direito brasileiro moderno a tendência é de prevalência do interesse coletivo e do interesse público sobre o interesse puramente individual. Portanto, se a proibição de manutenção de determinados animais tem o condão de atender aos interesses daquela coletividade, então a mesma deverá ser observada e obedecida, ainda que importe restrição ao uso pleno do bem particular.

A Convenção e o Regimento Interno são documentos que devem ter publicidade, para que todos os moradores, bem como aqueles que pretendam vir a morar, tenham ciência das regras que pautam a convivência nesta pequena comunidade. Assim, é possível ao futuro morador tomar conhecimento prévio da possibilidade ou não de criação de animais no interior das unidades.

Claramente, as regras convencionais não podem estabelecer restrições à liberdade ou ao direito de propriedade de forma arbitrária, sem que estas atendam a qualquer finalidade, benefício ou interesse social. O direito de propriedade é garantido constitucionalmente e as restrições a ele impostas devem pautar-se no interesse público ou na contemplação do bem social.

A jurisprudência pátria tem se manifestado no sentido de reconhecer as restrições ao uso da propriedade, contudo buscando harmonizar os interesses individuais e coletivos. Portanto, o impedimento de criação de animais domésticos no interior das unidades deve estar em vistas a atender a um justo reclame social, não sendo plausível, por exemplo, que o proprietário seja impedido de criar um pequeno peixinho, como se vê nos julgados abaixo colacionados, *in verbis*:

Condomínio – Convenção – Cachorro pequeno em apartamento – Possibilidade – Vedação pela Convenção e Regulamento interno – Irrelevância – Animal de pequeno porte que jamais ocasionou qualquer incômodo para os demais moradores – **Equilíbrio entre o direito de vizinhança e o direito de propriedade** – Regra condominial que deve incidir apenas quando a presença do cão prejudicar o sossego, a salubridade ou a segurança dos condôminos – Multa imposta afastada – Recurso desprovido. (TJSP – Apelação 1.151.833-0/9, 12-6-2008, 32ª Câmara de Direito Privado – Rel. Ruy Coppola) (**grifo nosso**)

Direito de Vizinhança – Uso nocivo da propriedade – Oito cães em pequeno quintal – Ruídos e odores excessivos – Sentença mantida para limitar a dois animais – Recurso improvido. (TJSP – Ap. Cível 846.178-0/0, 24-8-2006, 36ª Câmara de Direito Privado – Rel Pedro Baccarat)

3.3.3 Barulho

Outro exemplo bastante comum de restrição ao uso do bem particular nos condomínios edilícios é o barulho excessivo em prejuízo ao sossego do outro. Muito embora esteja no interior de sua unidade exclusiva, o condômino deve observar algumas regras de conduta relativas às provocações de barulho de modo excessivo ou em horário inoportuno.

No intuito de proporcionar uma boa convivência entre os moradores do edifício, as normas regimentais estabelecem horários para algumas manifestações barulhentas, tais como festas, som alto, mudanças, obras, gritaria, conversar em alto tom, televisão, risadas, entre outras. Enfim, o objetivo neste caso é proporcionar o sossego dos moradores, mesmo que em detrimento da liberdade de algumas manifestações dentro das unidades de uso exclusivo, principalmente no período noturno, destinado ao descanso.

À primeira vista, pode parecer que esta regulamentação é arbitrária, porém, não se pode olvidar que a estrutura dos condomínios edilícios contribui para que os ruídos vindos de uma unidade se propaguem nos imóveis vizinhos, causando grandes transtornos ao sossego dos condôminos.

Discorrendo sobre o tema, Rosana Jane apresenta os malefícios provocados à saúde pelo barulho:

É fato comprovado pela ciência médica que ruídos excessivos provocam perturbação da saúde mental. Além do que poluição sonora ofende o meio ambiente, e consequentemente afeta o interesse difuso e coletivo, na medida em que os níveis excessivos de sons e ruídos causam deterioração na qualidade de vida, a relação entre as pessoas, sobretudo quando acima dos limites suportáveis pelo ouvido humano ou prejudiciais ao repouso noturno e ao sossego público, em especial nos grandes centros urbanos. (MAGRINI, 1995)

Assim, cada condômino deverá tomar o cuidado para não provocar barulhos incômodos ao seu vizinho, especialmente em horários inoportunos, pois, embora esteja em seu imóvel, o uso deste não pode importar em sacrifício exagerado do direito ao sossego dos demais condôminos.

Waldir de Arruda Miranda Carneiro, citado por Hamilton Quirino Câmara, escreveu livro acerca de perturbações sonoras, no qual define o conceito de sossego como sendo “o estado de quietação necessário ao descanso, repouso ou à concentração do homem comum”. Aduz ainda:

Muito embora o padrão de conforto acústico varie de pessoa para pessoa, e, certamente, de lugar para lugar, e alguns ruídos de fundo sejam praticamente parte do ambiente normal de certos meios urbanos, não se pode, sob esse pretexto, conceber que alguém deva tolerar o desconforto acústico que perturbe sua tranqüilidade, comprometendo-lhe a concentração, descanso ou repouso. (CÂMARA, 2010)

Pela extrema proximidade entre as unidades autônomas nos condomínios edilícios, principalmente naqueles em que há sobreposição de andares, mesmo os menores ruídos podem provocar extremo incômodo, a depender do horário, como, por exemplo, o arrastado de móveis ou os passos com salto alto.

Cabe salientar que, mesmo não regulamentado pelas normas condominiais, o barulho, ainda que provocado em período diurno, desde que excessivo, poderá ser combatido pelos condôminos incomodados por força do art. 1.277 do Código Civil, que protege os indivíduos contra fatos que prejudiquem a saúde, o sossego e a segurança.

A jurisprudência corrobora o direito ao silêncio, conforme se infere:

Cominatória. Multa. Astreintes. Hipóteses de obra vultuosa, em face da qual se concedeu liminar para obrigar o respeito a horários determinados e attenuação de barulhos excessivos, sob pena de multa de R\$ 200,00 diários. Fixação de multa, para hipótese de descumprimento, que tem caráter inibitório, conforme o artigo 461,§4º, do CPC. Necessidade de arbitramento de valor excessivo, sob pena de ineficácia, a fim de que a agravada tenha motivos concretos para cumprir o preceito específico. Recurso provido para elevar a multa diária a R\$ 20.000,00, em face do alto valor da obra em construção. (AI 707694-00/0, 10ª Câmara do 2º TACSP, j. 22.8.02, rel. juiz Soares Levada)

Claro é, como já mencionado, que o ato, para ser considerado prejudicial, deve extrapolar os limites do tolerável. A convivência em condomínio, por si mesma, cria a necessidade de que cada um sofrer um pouco, harmonizando-se os direitos, não sendo razoável que o vizinho pudesse atingir o proprietário no exercício do seu direito para livrar-se de um incômodo não excedente do tolerável e razoável.

O bom senso é instrumento adequado e essencial para orientar o aplicador do Direito frente à melhor resolução para o caso concreto, no que se refere ao direito de vizinhança, uma vez que os conceitos de *sossego, salubridade, segurança e bons costumes* são abertos e de difícil delimitação, como bem assevera Pedro Elias Avvad:

Ponto crucial que tem causado embaraços a condôminos e aos intérpretes é se definir quais os atos ou atividades são capazes de prejudicar o sossego, salubridade e segurança dos possuidores, isto é, o que representa o ‘uso nocivo’ e, ainda, quê ou quais situações, em tese, atentariam contra os ‘bons costumes’. Afinal, o que são os bons costumes? Há alguma definição que se aplique indistintamente a todas as regiões e a qualquer circunstância? Não há como responder objetivamente essas questões, salvo se, a recomendação, for para que seja usado o bom senso que é o senso comum, o entendimento

médio que deve prevalecer nas relações, em geral, e em especial no direito de vizinhança (AVVAD, 2004)

3.3.4 Fumaça de cigarro

Questão mais delicada se apresenta quanto ao incômodo provocado por fumaça proveniente de uso de cigarro no interior de unidade vizinha. Isto porque, em minha experiência profissional, constatei que as normas internas condominiais não trazem, em sua imensa maioria, nenhuma restrição ao uso do cigarro no interior das unidades, além disso, argüir-se-ia que não existe nenhuma lei que determine tal proibição, sendo esta medida flagrante ataque ao inciso II do art. 5º da CF/88 e abuso contra o direito de propriedade garantido constitucionalmente (CF/88, art. 5º, XXII).

Contudo, em consonância com toda a tese exposta, esta argumentação procede de uma visão superficial e ultrapassada sobre o assunto.

Não sendo absoluto o direito de propriedade, não se pode levantá-lo para justificar atos danosos e arbitrários do proprietário sobre o bem. Embora não exista lei que proíba especificamente o uso do cigarro dentro das unidades condominiais, entoa na melhor doutrina a norma que proíbe os condôminos de utilizar seu bem de forma a causar prejuízos ao sossego, à salubridade e à saúde dos demais moradores (CC/02, art. 1.336, IV), bem como fornece armas aos prejudicados para pleitear a cessação dos atos danosos, conforme dispõe o Código Civil em seu art. 1.277, que enfatiza: “O proprietário ou possuidor de um prédio tem 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”. Além disso, a Constituição Federal também garante o direito à saúde e à segurança entre os direitos sociais (CF/88, art. 6º, *caput*).

Portanto, comprovando-se que a fumaça proveniente de unidade condominial causa prejuízos à saúde e ao sossego dos moradores das unidades vizinhas, o melhor entendimento será o que contempla a prevalência dos interesses sociais sobre o individual, impedindo, pois, que o condômino fumante continue a lançar fumaça da varanda de seu bem, em benefício dos demais.

Mesmo fazendo uso do cigarro dentro de sua unidade, o condômino está causando transtornos à comunidade em que vive, devendo seu ato danoso ser restringido pelo aplicador do Direito em respeito ao bem-estar comum e ao interesse da

coletividade daquele condomínio. Nesse caso, haverá mitigação dos poderes atribuídos ao *dominus* sobre sua propriedade em benefício do bem comum.

Em resposta à pergunta formulada por leitores do “Caderno Morar Bem” do jornal O Globo, Hamilton Quirino Câmara esclarece as medidas a serem tomadas no caso de vizinho fumante que causa danos por conta da fumaça:

As pessoas têm o direito de fumar, desde que não prejudiquem terceiros. No caso em questão, o leitor deve inicialmente pedir a intervenção do síndico para solicitar ao novo inquilino que deixe de fumar os charutos de forma a prejudicar os vizinhos. Se não houver solução, pode ingressar com ação no Juizado Especial mais próximo, com base no artigo 1.277 do Código Civil, que protege o morador contra atos que prejudiquem a segurança, o sossego e a saúde. (CÂMARA, 2010).

Há de se reconhecer, portanto, que o direito brasileiro contempla a mitigação do direito de propriedade - mormente sua relativização perante as restrições legais, convencionais e regimentais e prevalência do interesse público frente ao privado – em benefício do interesse social e do bem comum, de forma geral.

Contudo, nos condomínios edilícios, esta mitigação é ainda mais acentuada, uma vez que a disposição física dos bens de diferentes proprietários uns sobre os outros importa maiores limitações ao exercício do direito de propriedade. Se é reconhecido pela doutrina dominante de forma pacífica que a propriedade é um direito relativizado pelas restrições legais, ainda mais certa será essa relativização nos condomínios edilícios, na medida em que aos condôminos será exigido que, pelo bem da comunidade, deixem de realizar atos da vida comum, como, por exemplo, pular durante o período de descanso (após as 22hrs), arrastar móveis, criar animais domésticos barulhentos ou de grande porte, pintar a cor de suas varandas ou de suas fachadas ou mesmo fumar na sacada de sua unidade individual.

A legalidade dessa mitigação pode ser corroborada, ainda, em última instância, na constitucionalidade das normas que garantem a função social da propriedade e os direitos sociais à saúde e à segurança. Mesmo que se realize um conflito aparente de princípios constitucionais, no equilíbrio de valores, a melhor doutrina defende, com inteligência, que se deverá optar pela prevalência dos direitos sociais sobre os individuais. Atente-se que o direito de propriedade não será ferido em sua essência, subsistindo ao proprietário todas as faculdades inerentes ao *dominus*, contudo, promover-se-á uma mitigação desses atributos para satisfação do bem comum.

Deve-se observar a boa-fé objetiva, que, como cláusula geral de aplicação das normas hoje impostas pelo Direito Positivo, vai, sim, autorizar a aplicação legal segundo convém para que sejam obedecidos os deveres de coabitacão condominial, visando ao sossego, à tranqüilidade e à satisfação de cada condômino a quem se oferece a possibilidade de reclamar e provar prejuízos decorrentes da convivência, buscando sempre a satisfação da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo deste trabalho, apresentou-se a evolução histórica do direito de propriedade no Brasil e no mundo, iniciando-se desde o período romano, cruzando o movimento codificador do século XIX e finalizando nos diplomas brasileiros. Além disso, expôs-se os conceitos de propriedade firmados por diversos doutrinadores, seus caracteres e elementos, colacionando jurisprudências sobre a matéria, bem como as restrições impostas ao instituto pela Constituição e leis infraconstitucionais.

Em um segundo momento, abordou-se a definição e conceituação do condomínio geral, como figura jurídica voltada à comunhão de um mesmo bem por uma pluralidade de proprietários, exercendo sobre este seu direito de forma igualitária e simultânea, sem exclusão dos demais condôminos e com exclusividade frente a terceiros.

Discorreu-se em seguida sobre a evolução histórica do condomínio edilício, esclarecendo que a matéria, embora tenha sido abordada por alguns códigos europeus no século XIX, somente passou a ser tratado com a importância devida, no Brasil, após a edição da Lei nº 4.591/1964, a qual vigorou até a promulgação do novo Código Civil de 2002.

Em seguida, tratou-se cuidadosamente dos vários aspectos dos condomínios edilícios, sua definição, características essenciais, inovações, conflitos recorrentes, regulamentação, etc. Abordando, por fim, os direitos deveres dos condôminos, estabelecidos, em suma, pelos arts. 1.335 e 1.336 do Código Civil, juntando-se jurisprudência sobre o assunto.

No último capítulo, examinou-se a nova concepção do direito de propriedade, o qual deixou de ter um conceito absolutista e foi inserido num contexto social de promoção do bem comum em detrimento de interesses puramente individualistas.

Posteriormente, apresentou-se os direitos de vizinhança aplicáveis aos condomínios edilícios. Por fim, prestou-se a discorrer acerca do reconhecimento pelo Direito brasileiro da mitigação acentuada do direito de propriedade nos condomínios, demonstrando-se casos concretos, resultantes de pesquisas realizadas junto a administradoras de condomínios, doutrinas e jurisprudências, as quais asseveram de forma pacífica o dever de submissão do uso da propriedade ao bem-estar social e aos interesses sociais, impedindo assim que o bem seja usado de maneira a inferir sofrimento ao exercício do direito de outrem.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, buscou-se, ao longo da elaboração do presente trabalho, apontar caminhos para uma adequada solução dos conflitos provenientes da coabitacão nos condomínios edilícios, principalmente, no que tange à harmonização de interesses individuais, em defesa do direito de propriedade pleno sobre as unidades exclusivas, e de interesses coletivos, oferecendo-se posicionamentos doutrinários e jurisprudências dominantes. Haja vista que, na atualidade, a vida em condomínio é uma realidade cada vez mais comum entre os brasileiros e as dificuldades enfrentadas no dia-a-dia reclamam e não encontram orientação sobre o assunto, à vista da carente de legislação e doutrina acerca dos condomínios edilícios.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, José de. **A propriedade**. Brasília: Fac-Similar, 2004.

AVVAD, Pedro Elias. **Condomínio em edificações no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

CÂMARA, Hamilton Quirino. **Condomínio Edilício – Manual prático com perguntas e respostas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

CASCONI, Francisco Antonio e AMORIM, José Roberto Neves (Coordenadores). **Condomínio Edilício, aspectos relevantes**. São Paulo: Método, 2006.

FRAGA, Thelma Araújo Esteves e MELLO, Cleyson de Moraes (Organizadores). **Condomínio**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

FRANCO, J. Nascimento. **Condomínio**. 5^a Ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEANDRO, Valdemar. **Condomínios de Prédios de Apartamentos e Salas**. Rio de Janeiro: Alba Limitada, 1964.

MAGRINI, Rosana Jane. **Poluição Sonora e Lei do Silêncio**. Porto Alegre: Revista Jurídica, nº 216, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4v. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direitos Reais**. São Paulo: Atlas S.A, 2011.

WALD, Arnoldo. **Direito das Coisas**, 10 Ed. São Paulo: RT, 1995.