

IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO CONDÔMINO ANTISSOCIAL

José Fernando Simão *

Marcello Uriel Kairalla**

Sumário: 1. Introdução; 2. Condomínio edilício; 3. Sanções ao condômino antissocial; 3.1. Multas; 3.2. Direito de vizinhança; 4. Vedação à exclusão do condômino – “desapropriação”; 4.1. Aplicação de direitos fundamentais; 4.2. O caso extremo: condômino armado; 5. Conclusão – possibilidade de alteração de *lege ferenda*.

1. INTRODUÇÃO



vida em condomínio é complexa, como já diziam os romanos: *condominium mater rixarum est*. O conceito de condomínio também não é simples, uma vez que o direito de propriedade é absoluto e presumidamente exclusivo e ilimitado. Assim, é logicamente impossível se ter dois direitos ilimitados e exclusivos sobre a mesma coisa. Por esse motivo preconizaram os romanos “*Et ait: duorum in solidum dominium esse non posse*” (D. 13, 6, 5, 15)¹.

* Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP, Livre Docente, Doutor e Mestre pela mesma Instituição. Parecerista. Advogado.

** Mestrando em Direito Civil na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP. Advogado.

¹ A fórmula latina pode ser traduzida como: “é dito que não é possível que dois exerçam o domínio da coisa indivisa”. Texto que foi parcialmente repetido no direito Português do século XIX, tendo repercussão no direito Brasil, através da fórmula “*Et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse*”, em Manoel Borges Carneiro, L. 2, T. 1, § 12, n. 6, citado por ver Lafayette Rodrigues Pereira (Direito das Coisas. Obra fac-similar. Brasília, Senado Federal: Superior Tribunal de

A inteligente solução para tal impasse, dada por Lafayette Rodrigues Pereira, é a atribuição de uma parte ideal a cada um dos condôminos, não uma parte material. Quando em condomínio, no entendimento de Lafayette, os condôminos de-
têm o direito sobre uma fração ideal do condomínio.

A fim de entender melhor o instituto do condomínio, vale traçar algumas linhas sobre suas origem e estrutura. Quanto à origem, ensina Pontes de Miranda que ele pode nascer da lei ou da vontade das partes que o criam (ou, ainda, uma única parte, vez que também pode ser criado por disposição de última vontade), sujeitando-as, desde logo, a novos deveres e obrigações². Tal fato, contudo, não afeta a natureza do direito do condômino: trata-se de direito real sobre coisa própria. É por esse motivo que, da coisa em condomínio, são irradiados tanto direitos reais (sendo o principal deles a propriedade), quanto obrigacionais (normalmente *propter rem*³).

É preciso ressaltar, contudo, que não é a simples aquisição em conjunto de determinado bem que gera efeitos obrigacionais entre os adquirentes (embora os sujeitem aos deveres legais). Esses efeitos têm origem na problemática supra narrada, segundo a qual o direito de propriedade é ilimitado e exclusivo. Pois, se os condôminos exercessem suas prerrogativas de maneira ilimitada, inequivocamente o condomínio se tornaria fonte (ainda maior) de inescotáveis controvérsias. Assim, é imprescindível que os condôminos exerçam suas liberdades e autonomia

Justiça, 2004, p. 119). Ver também, sobre a história dessas fórmulas, PENTEADO, Luciano de Camargo. Manual de Direito Civil: Coisas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 227.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Tomo XII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 65. Essa sujeição, como visto em Lafayette, é uma decorrência do fato de a propriedade se dar sobre a fração ideal, de modo que os direitos sobre a coisa material serão exercidos em conformidade com referidos deveres e obrigações.

³ Bunazar é claro ao afirmar, em sua monografia sobre o tema, que “a situação jurídica será qualificada como *propter rem* quando tiver por origem uma situação jurídica de direito das coisas”, como é o condomínio (BUNAZAR, Maurício B. Obrigação *propter rem*. Aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Ed. Atlas, 2014, p. 43)

privada e estabeleçam alguma regulação, a fim de dar efetividade aos direitos essenciais à propriedade, os quais seriam inócuos se todos pudessem ser exercidos ilimitadamente.

Ainda nesse início de reflexão, adentra-se à regulação do condomínio, na tentativa de delinear algumas linhas que servirão de suporte para análise das sanções aplicáveis em caso de descumprimento de suas regras. Algumas dessas decorrem diretamente da lei, tirando-se, a título exemplificativo, o artigo 1.315 do Código Civil, que prescreve que os condôminos são obrigados, nas proporções de suas partes na coisa em condomínio, a concorrer para as despesas de conservação da coisa⁴, bem como a suportar os ônus a que estiver ela sujeita. O mesmo acontece com as despesas para eventual divisão da coisa em condomínio⁵.

Não obstante as regras previstas no Código Civil, muitas vezes elas são insuficientes para fazer frente às necessidades do cotidiano de um condomínio. Para sanar essa lacuna e atender os ditames da autonomia privada, pensando-se no dia-a-dia do condomínio, poderão os condôminos elaborar diversos tipos de avenças que os vinculem. Nos condomínios edilícios⁶, essa avença coletiva é denominada Convenção de Condomínio⁷. Esse acordo é o responsável por reger aspectos relevantes do condomínio, desde o modo de escolha do administrador até formas de utilização da coisa, distribuição dos frutos etc, prevenindo diversas disputadas que poderiam decorrer de tais situações.

⁴ Afasta-se, portanto, a regra *concurso partes fiunt* do art. 257 do Código Civil.

⁵ Complementado os exemplos, o Código Civil é rico em regulações dos mais diversos assuntos: quanto aos frutos da coisa, cada condômino responde aos outros pelos que percebeu (art. 1.319), devendo eles serem partilhados na proporção dos quinhões (art. 1.326). Outrossim, se um dos condôminos contratar em proveito do condomínio, somente ele será obrigado a responder pelo contrato, embora tenha ação regressiva perante os demais condôminos (art. 1.318), caso tal contrato reverta.

⁶ Edilício, cujo etmo é *aedificare*. Não se confunde com a palavra “edilícia” que qualifica as ações redibitórias e *quanti minoris*. Nessa outra acepção remente-se ao edil curui (*aedile curule*) que fiscalizava o mercado romano.

⁷ Nos condomínios tradicionais essa modalidade de regulação é pouco frequente, o que não impede que os condôminos adotem quaisquer outros tipos contratuais para a regência da propriedade.

A convenção de condomínio é, por via de consequência, responsável por estabelecer as sanções aos comportamentos indesejados dos condôminos, nos moldes do que será a seguir delineado. Como não poderia deixar de ser, esse estatuto somente vincula aqueles que a ele aderiram – não se trata, jamais, de uma norma de ordem pública oponível contra todos. Por outro lado, em razão da importância dos condomínios como centros emissores de direitos e deveres, a convenção do condomínio poderá ser oponível contra terceiros, desde que registrada no Registro de Imóveis (art. 1.333, parágrafo único, do Código Civil)⁸.

Partindo dessas premissas gerais sobre o condomínio e sua regulação, passar-se-á a estudar a espécie condomínio edilício, as sanções aplicáveis àqueles que não respeitam as regras gerais e convencionais, visando, ao final, a abordar a possibilidade de exclusão do condômino antissocial.

2. CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Como visto, no condomínio incidem normas legais e voluntárias. Contudo, é preciso destacar que as relações obrigacionais derivadas da convenção condominial não são autônomas – isto é, não possuem vida própria para além do condomínio –, pois aludem sempre à relação de condomínio, o que faz com que a relação não seja obrigacional pura, mas também real, uma vez que o condomínio edilício é sempre sobre coisa imóvel⁹. Assim,

⁸ Em recente julgado da Apelação Cível 04748858-7.2015.8.19.0001, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro considerou ser desnecessário o registro da convenção condominial no caso da autorização estatutária para movimentação de conta bancária em nome do Condomínio. No caso concreto, o Condomínio movimentou a conta por mais de 20 anos, mas, sem aparente justificativa, teve suas contas bloqueadas em face da ausência do registro da convenção na matrícula. Diante desse cenário, considerou o Tribunal que para a movimentação da conta basta a existência e regularidade do condomínio edilício.

⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Tomo XII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 241-242. Sobre o tema, ver também: BUNAZAR, Maurício. Obrigação Propter Rem: Aspectos Teóricos e Práticos. São Paulo: editora Atlas, 2014.

as regras condominiais nascem do estatuto e vinculam os condôminos que a ela aderiram e todos os demais por força do registro junto ao Registro de Imóveis

Desse modo, tem-se que todo o estudo do condomínio edilício perpassa pela compreensão da premissa de se tratar de direito de propriedade.

O primeiro fato sobre os condomínios edifícios que merece destaque, pois os diferencia dos condomínios tradicionais, é sua composição. Ao contrário do tradicional, eminentemente indiviso, o edifício é híbrido: partes indivisas, como o terreno e as áreas comuns, e de partes divisas, denominadas unidades autônomas¹⁰. A natureza híbrida do condomínio edilício traz consigo diferentes regimes jurídicos para segmentos do condomínio, com especial destaque às unidades autônomas, que podem ser alienadas ao arrepio da vontade de quaisquer outros condôminos, sem lhes conferir qualquer tipo de direito ou sequer necessidade de comunicação. As partes indivisas, por outro lado, não podem ser alienadas, gravadas ou sequer utilizadas sem a aprovação e concordância da totalidade dos demais condôminos.

Os direitos básicos dos condôminos foram estabelecidos na Lei de Condomínios e Incorporação (Lei 4591/64), que delimitou, em seu artigo 19, o usar e fruir da unidade autônoma com exclusividade, desde que de acordo com as normas de boa vizinhança, bem como usar as partes e coisas comuns, desde que não as danifique ou incomode os outros condôminos¹¹.

O segundo é a primazia da unidade autônoma nos condomínios edifícios, pois ela confere finalidade ao condomínio edilício. Isso importa dizer que não se cria um condomínio edilício sem partes divisas, afinal são elas que o funcionalizam¹².

¹⁰ Em tempo, unidade autônoma deve ser entendida como uma parte divisa da propriedade, cuja divisão decorreu de manifestação de vontade daquele ou daqueles que instituíram o condomínio.

¹¹ Disposição que teve inspiração nos direitos de vizinhança do Código Civil de 1916, mas ampliando os deveres e direitos do condômino.

¹² A primazia da unidade autônoma, seja ela apartamento ou terreno (em caso de

Disso decorre a necessidade, para os condomínios edifícios, de regime jurídico diferenciado dos condomínios tradicionais.

Esse regime jurídico diferenciado pode ser sintetizado segregando as partes indivisas das divisas: nestas tudo se passa como se a unidade autônoma fosse isolada do condomínio, tendo o proprietário direito de usar, fruir e dela livremente dispor¹³; naquelas, as convenções tem primazia, notadamente em razão das limitações que visam à viabilização da vida social¹⁴.

Contudo, tal síntese obnubila o fato de estarem as unidades insertas no condomínio, de modo que a relação dos condôminos-vizinhos não é simplesmente de direito de vizinhança, mas de um direito ainda mais intenso, que submete o proprietário a diversas limitações em seu direito. Assim, apesar de a unidade autônoma geralmente funcionar como se propriedade isolada fosse, em alguns aspectos não o fará.

Muitas dessas restrições já estavam presentes na Lei 4.591/64, que pretendeu regulamentar o condomínio edifício¹⁵, disposições que foram em grande parte mantidas pelo Código

condomínio de casas), sobre o todo, condomínio, é também confirmada no âmbito tributário. Isso, pois, para fins de tributação, cada unidade é tratada como um imóvel isolado, contribuindo seu respectivo proprietário diretamente ao Fisco com as importâncias relativas aos impostos e taxas federais, estaduais ou municipais, nos termos do art. 11 da Lei 4.591/64.

¹³ O uso e fruição do bem sujeitam-se aos limites típicos (abuso do direito), comuns a todo direito de propriedade, e limites específicos da vida em sociedade (exemplo: limitação de barulho).

¹⁴ Cite-se, *verbi gratia*, a impossibilidade de utilizar o elevador social para transporte de comida ou de animais de estimação, a limitação do horário de utilização da piscina, a necessidade de reserva prévia para utilização de salões de festas ou de espaços de convivência como churrasqueiras.

¹⁵ Por razões históricas, o Código Civil de 1916 não se preocupou com o Condomínio Edifício, sendo o Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928 o primeiro a tratar especificamente sobre ele. O primeiro edifício que se tem notícia no Brasil é o Edifício Guinle, cuja construção terminou em 1916. O próprio Prefeito de São Paulo, Barão de Duprat, teria duvidado da possibilidade de um prédio de 7 andares se manter hígido. A construção só teria sido autorizada após a elaboração de um laudo do engenheiro Francisco de Paula Souza, diretor da Escola Politécnica (fonte: <https://sao-paulo.estado.com.br/noticias/geral/guinle-o-1-arranha-ceu-de-sp-e-restaurado-imp-,706031>, acesso em 31 de outubro de 2018).

Civil de 2002¹⁶.

Veja-se, por exemplo, que o proprietário não poderá alterar a cor da fachada do seu apartamento, ou seja, é vedado que um condômino de um prédio de fachada cinza pinte a parte da fachada correspondente à sua unidade autônoma de amarelo. Apesar do exemplo teratológico, por muito tempo foi discutida a possibilidade de uma unidade autônoma colocar, em sua sacada, vidros de fechamento¹⁷, ou, antes disso, de telas de proteção. Mais recentemente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo mostra que a pretensão de limitação aos direitos dos condôminos se estende também à vedação de aplicação de proteção insul-film, adesivos, persianas e cortinas¹⁸. Em síntese, mesmo em sua unidade autônoma, o condômino sofre limitações

¹⁶ Tal lei, por ser especial, prevalece ao regramento do Código Civil, no que não for a ele contrário, uma vez que, nos termos do art. 2º, §§1º e 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a lei posterior somente revoga a anterior se for incompatível ou regule inteiramente a matéria e não revoga quando ditar condições gerais e especiais a par das que já existiam. Veja-se, por exemplo, que a Lei 4.591/64 prevê, em seu artigo 23, a criação de um Conselho Consultivo, não previsto na codificação civil e, em seu artigo 24, §4º, a regulamentação do direito de voto do condômino-locatário.

¹⁷ Ação declaratória cumulada com indenização por danos morais. Inexistência de cerceamento de defesa. Prova pericial que concluiu pelo comprometimento estético do prédio com a implantação de painéis de vinil na sacada do apartamento da autora. Elementos que não se prestam com exclusividade à segurança de crianças e que podem ser substituídos por telas de proteção. Cobrança de multa. Legitimidade. Inexistência de excesso. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Com Revisão 0075261-11.1999.8.26.0000; Relator (a): Carlos Stroppa; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado de Férias; Data de Registro: 11/04/2003)

¹⁸ Autores que pleiteiam a utilização de telas de proteção contra raios solares nas sacadas de vidro do apartamento e a indenização por danos materiais e morais - Procedência parcial do pedido - Inconformismo - Desacolhimento - Aplicação do disposto no art. 252 do RITJSP - Dispositivo do Regimento Interno/Convenção Condominial alegado pelo condomínio-apelante que diz respeito a rede de proteção, não a tela de proteção - Proibição absoluta de utilização de "insul-film, adesivos, persianas ou cortinas" nas sacadas fechadas por vidro que não se mostra razoável - Recurso administrativo dos autores, ademais, nem sequer incluído em pauta para discussão diante da nova realidade de excesso de luminosidade e calor - Sentença mantida - Recurso desprovido. (TJSP; Apelação 1005496-92.2014.8.26.0554; Relator (a): J.L. Mônaco da Silva; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 21/09/2016)

relativas às alterações que promover que possam alterar a fachada do edifício.

Citando outro exemplo, também é vedado ao condômino dar à sua unidade autônoma destinação diversa daquela da edificação. Em outros termos, é ilícito utilizar um edifício estritamente residencial para fins comerciais (art. 1.336 do Código Civil). Novamente, está-se diante de severa restrição à fruição da unidade autônoma¹⁹.

Diante de todos esses exemplos, de muito pouco serviriam todas essas limitações caso não houvesse sanções previstas em caso de desrespeito a eles. É por esse motivo que, no artigo 21, da Lei 4.591/64²⁰, há a previsão de que qualquer violação dos deveres estipulados na convenção condominial sujeitará o agente a multa²¹. Note-se que se trata de multa com caráter punitivo, verdadeira sanção, de modo que, para a sua aplicação, é despicienda qualquer comprovação de prejuízo – isso se dará, se necessário, por ação própria na esfera competente –, bastando a configuração da violação aos deveres do condômino.

O verdadeiro problema surge da reiterada e injustificável violação ao estatuto e aos deveres de convivência e de boa vizinhança.

O agente dessas violações é o chamado condômino

¹⁹ Aliás, os exemplos de limitação da liberdade do condômino são múltiplos: ele não poderá realizar obras que possam comprometer a segurança da edificação, deverá obter a aprovação de maioria dos condôminos para realização de obras no condomínio (maioria simples se úteis as obras e qualificada se forem elas voluptuárias). Quanto às vagas de garagem, deverá oferecê-las com direito de preferência aos outros condôminos antes de aliená-las a terceiros (se tal alienação for possível).

²⁰ Veja-se a redação do art. 21: “A violação de qualquer dos deveres estipulados na Convenção sujeitará o infrator à multa fixada na própria Convenção ou no Regimento Interno, sem prejuízo da responsabilidade civil ou criminal que, no caso, couber”.

²¹ O art. 21 da Lei de Condomínio e Incorporações não possui correspondência no Código Civil de 2002, que se olvidou, aparentemente de forma intencional, de fixar uma multa para a violação da convenção condominial. Veja-se o parecer à Emenda 136 do Dep. Fiuzá: “A lei 4.591/64, em vigor, já contém norma legislativa genérica em seu art. 21”. O Código Civil previu tão somente multas para a realização de obras que comprometam a segurança da construção, alteração de fachada ou dar destinação inadequada à unidade autônoma.

antissocial, cuja problemática é de difícil desate. Há colisão entre princípios tutelados pela Constituição, bem como posituação de regras que podem se mostrar insuficientes para a tutela dos bens jurídicos. Esses casos de reiteradas violações dos deveres condominiais ensejam a presente reflexão. Parte-se, portanto, para a próxima etapa, o estudo das sanções aplicáveis ao condômino antissocial para, *in fine*, concluir se é adequada a sanção de exclusão do condômino.

3. SANÇÕES AO CONDÔMINO ANTISSOCIAL

3.1. MULTAS

O comportamento em desacordo com os deveres de convivência e de boa-vizinhança merece ser coibido, sob pena de perpetuar-se a ilicitude dentro do condomínio. Tal premissa é positivada em nosso ordenamento, com especial destaque ao art. 1.337 do Código Civil, que prescreve que o condômino que infrinja de forma reiterada as normas internas do condomínio ou regras básicas de boa vizinhança, poderá ser sancionado com multa, de até o quádruplo do valor atribuído à contribuição condominial. Essa multa possui natureza punitiva, uma vez que o art. 1.336, §1º, também prevê multa, mas para o inadimplemento de contribuições condominiais, eminentemente moratória²².

O caráter punitivo da multa do art. 1.337 é reforçado pelo fato de ela somente poder ser arbitrada por deliberação de três

²² O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que aquele que não paga a sua contribuição condominial se sujeita aos juros moratórios previstos na convenção do condomínio, nos termos do art. 1.336, §1º, por ser consequência do inadimplemento. No mesmo julgado, decidiu a Corte Superior que é plenamente possível que se aplique os juros e multa já citados, que possuem caráter moratório, e não a multa do art. 1.337, que possui tem caráter sancionatório e dependeria de outros requisitos, em razão das distintas naturezas jurídicas. Assim, forçoso reconhecer pela inexistência de *bis in idem* na aplicação das sanções previstas nos arts. 1.336, §1º e 1.337. (REsp 1.247.020/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 15/10/2015).

quartos dos condôminos restantes (excluindo-se, portanto, o condômino faltoso). Trata-se de um quórum qualificadíssimo, necessário para evitar a aplicação leviana de tal multa. Ademais, esse arbitramento seguirá, como parâmetros, a gravidade das faltas e sua reiteração.

A fim de ilustrar a situação, imagine-se o caso de um motorista que, em reiteradas oportunidades e mesmo após ser advertido em razão dessa conduta, trafega nas áreas comuns do condomínio em velocidade muito acima do limite permitido, caso em que o condômino pode vir a ser sancionado pela multa prevista no art. 1.337. A assembleia dos condôminos medirá quão reiterada é a conduta, bem como em qual medida foi extrapolado o limite estabelecido para a circulação. No exemplo, se o condômino trafegar diariamente no dobro da velocidade permitida, colocando em risco a segurança dos demais moradores, essa multa poderá chegar a cinco vezes a contribuição condominial²³.

Inobstante, referida multa não é a única sanção prevista pelo ordenamento. No parágrafo único do referido art. 1.337, está também prevista a possibilidade de impor ao condômino que gere incompatibilidade de convivência, outra multa, de dez vezes a contribuição condominial. Há aqui um elemento que qualifica a conduta antissocial, qual seja, a incompatibilidade de convivência causada por tal conduta. Essa multa é considerada, pelo ordenamento, a sanção àquele comportamento insuportável, que inviabiliza a vida em comunidade.

A Lei de Condomínio e Incorporação (Lei 4.591/64), previu, em seu art. 21, um terceiro tipo de sanção, aplicável àquele que viole, genericamente, os deveres estipulados na convenção que rege o condomínio. Essa multa deverá ser

²³ Como visto, à imposição de multa, independe eventual reparação em decorrência de perdas e danos que outrem vier a sofrer. Isto é, se esse mesmo sujeito, em determinado dia (trafegando ou não acima da velocidade permitida) causar um acidente, ele poderá ser condenado a reparar os prejuízos decorrentes do acidente, se restarem configurados os requisitos da responsabilidade civil. São consequências distintas que dependem de premissas próprias e independentes.

determinada pela própria convenção ou pelo regimento interno²⁴. Nesse caso, a multa fixada pela convenção condominial não poderá, para casos previstos pelo art. 1.337, superar os valores lá previstos, uma vez que referido artigo impôs, *ope legis*, um limite à faculdade do condomínio de fixar a multa.

Em todos os três casos se tratam de multas punitivas, de modo que suas aplicações demandam processos sancionadores, devendo respeitar os ditames do devido processo legal, bem como evitar expor o condômino faltoso a situações vexatórias, sob pena de torná-lo vítima de um novo ilícito – cuja reparação poderá ser requerida pelo próprio condômino faltoso.

Nessa exata senda também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça que, ao reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais²⁵, fixou que é aplicável, na medida do possível, os ditames constitucionais da ampla defesa e do contraditório, nos procedimentos para imposição de multa condominial²⁶. A *ratio* do Superior Tribunal de Justiça é evidente: trata-

²⁴ Referida lei determina também que é função do síndico iniciar o processo para apurar a conduta antissocial, bem como cobrar a multa eventualmente fixada pela via executiva. Os eventuais proventos de tal sanção sempre serão revertidos para benefício do condomínio e nunca deverão ser utilizados para reparar interesses particulares – para isso servirá a via indenizatória. Caso o síndico não tenha a iniciativa de aplicar a sanção ao condômino faltoso, a lei atribui legitimidade ativa a qualquer outro condômino.

²⁵ Nesse caso verifica-se que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é decorrente da natureza do direito tutelado (devido processo legal), que é, por excelência, um direito público e constitucionalmente garantido.

²⁶ No caso concreto, convocada a assembleia extraordinária para fim específico e presente quórum qualificado previsto pela legislação civil para aplicação da sanção, decidiu-se por apenar o condômino antissocial pelo seu comportamento nocivo. Contudo, o sancionado não fora notificado sequer para apresentação de defesa. Diante desse cenário, a Corte Superior, reconhecendo a gravidade da punição do condômino antissocial (que pode chegar ao décuplo da contribuição condominial) e a ausência de garantia do direito de defesa, decidiu que o Condomínio onerou em demasia o suposto infrator, que ficou impossibilitado de demonstrar que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral. Desse modo, interpretou-se que a postura do condomínio chegava às raias de restringir o próprio direito de propriedade e optou a Corte Superior, por fim, pela anulação da penalidade imposta, veja-se:

se de severa punição, de modo que se deve respeitar o devido processo legal²⁷.

Conclui-se que as punições previstas pelo Código Civil, especialmente no artigo 1.337, são extremas – assim consideradas pelo Superior Tribunal de Justiça. Sua aplicação exige, outrossim, o respeito ao devido processo legal, além dos requisitos ínsitos à sua caracterização.

Em síntese, o regramento dos condomínios edilícios prevê três vias para a sanção do condômino que age em desacordo com as normas do legais e convencionais do condomínio. A primeira delas é geral, insculpida no art. 21 da Lei 4.591/64, aplicável a todas as hipóteses de descumprimento do disposto na convenção condominial. A segunda é a do art. 1.337 que se aplica nos casos de descumprimento reiterado dos deveres condominiais, tendo como limite o quántuplo da contribuição condominial. A terceira, e última, é a do art. 1.337, parágrafo único, cuja redação, muito discutida na tramitação do projeto, exige um elemento qualificador – a incompatibilidade de convivência com os demais condôminos – para a aplicação de uma sanção de até o décuplo da contribuição para as despesas condominiais. Sendo essas as únicas sanções previstas no ordenamento para o comportamento antissocial.

“4. Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de demonstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade”.

(REsp 1365279/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/08/2015)

²⁷ Não outra a conclusão a que se chegou durante as Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que, em seu Enunciado 92, delimitou que as sanções do art. 1.337 do Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo (Enunciado 92. Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo).

3.2. DIREITO DE VIZINHANÇA

Além da aplicação de multa como sanção típica ao condômino antissocial, é certo que incide sobre a hipótese todo o regramento sobre os direitos de vizinhança, em especial o uso anormal da propriedade.

Ensina Menezes Cordeiro que, já no direito romano, a tutela das relações de vizinhança advinha da necessidade de garantir a convivência pacífica, o que não demonstrou ser tarefa simples. Não por outro motivo é nesse direito que surgiu a teoria das servidões, que se mostrou insuficiente, contudo, ante a enorme plêiade de conflitos de vizinhança que se apresentavam à altura. Àquela época tais conflitos foram combatidos pela *exceptio doli*²⁸ e pela *aemulatio*²⁹.

O direito de vizinhança evoluiu e se tornou, assim como a propriedade e como leciona Pontes de Miranda, real – ao contrário da convenção, de natureza obrigacional. Como decorrência de seu conteúdo privado, o exercício de pretensões relativas

²⁸ A *exceptio doli* é obra de C. Aquilius, pretor peregrino, de 66 a.C., tendo origem na *clausula doli*, que obrigava o vendedor por vícios da coisa vendida. Por ter se tornado uma cláusula de praxe, passou a ser pressuposta, passando a contar com uma fórmula no edicto (pp. 84-85). Considera-se exceção, no direito material, “a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efectivação da pretensão correspondente” (p. 719). A *exceptio doli*, portanto, é a recusa contra condutas dolosas da contraparte (p. 721), dividindo-se em duas *exceptiones*, uma na formação da situação jurídica (*exceptio doli specialis*) e outra no momento da discussão da causa (*exceptio doli generalis*). Considerando-se que a primeira visava à anulação do ato negocial, acabou ela evoluindo para a doutrina dos vícios de formação (p. 722). A *exceptio doli generalis* foi convertida pelo Direito comum em figura residual, voltada à coibição do abuso de direito (as fls. mencionadas estão em *Da boa-fé no Direito Civil*. 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015).

²⁹ A *aemulatio* é, na definição de Menezes Cordeiro, “o exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem”. Nasce, a figura, de uma elaboração de elenco de atos considerados emulativos, na maioria decorrentes de situações correlatas ao direito de vizinhança, a categoria foi reconduzida à da vedação ao abuso de direito (*Da boa-fé no Direito Civil*. 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 673-676).

aos direitos de vizinhança independe de qualquer regra de direito público³⁰. É dizer, em outras palavras, que o direito de inibição do uso anormal da propriedade decorre da situação jurídica de vizinhança, de modo que referido regramento também é aplicável aos condomínios edilícios. É inquestionável que os condôminos estão sujeitos às normas que vedam o uso anormal da propriedade, afirmar o contrário seria garantir aos condôminos menos direitos do que ao simples vizinho, que sequer possui propriedade comum com o outro proprietário³¹.

A decorrência da aplicação dos direitos de vizinhança é, em síntese, a proibição de atitudes que, levando-se em conta a natureza e localização do imóvel, extrapolem o limite ordinário de tolerância dos demais moradores do condomínio.

Contudo, há casos nos quais o proprietário atua fora dos limites de tolerância de seus condôminos, mas os vizinhos simplesmente não poderão impedir tais excessos. É o que preleciona o art. 1.278 do Código Civil, pois nesses casos a atividade supostamente lesiva à vizinhança deve ser prestigiada, sob pena de prejudicar a própria coletividade.

O exemplo clássico trazido pela doutrina é o caso da vila que se funda nos arredores de uma grande fábrica. É óbvio que os ruídos, cheiros, fuligens etc. expelidos pela fábrica perturbam o sossego e, eventualmente, até a saúde dos moradores, mas, dado que referida fábrica emprega a maior parte da população da vila, é melhor para a coletividade que suas atividades se mantenham. Caberá, nesses casos, somente exigir do proprietário perturbador, na medida do possível, a redução dos fatores que perturbam o sossego da vizinhança. Em casos de vizinhos especialmente lesados pela atividade, será possível a fixação de

³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Tomo XII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 563.

³¹ Ainda que se questionasse referida aplicabilidade, vem ela expressamente prevista na lei regente dos condomínios (Lei 4.591/64), especificamente no art. 19, que prevê que todo proprietário tem o direito de fazer cessar determinadas atitudes de vizinhos que resultem prejudiciais à sua segurança, ao seu sossego ou à sua saúde.

eventual indenização (direito obrigacional).

Trazendo o exemplo clássico para a realidade dos condomínios edilícios, é possível imaginar uma situação com o mesmo pano de fundo problemático. Seria o caso de um condomínio de apartamentos que decide alugar parte do terreno para o desenvolvimento de uma atividade comercial, como um supermercado³². Contratos desse tipo costumam ser longos, uma vez que não é economicamente vantajoso para o supermercado se mover a cada 30 meses de ponto, de modo que o pano fático pode sofrer inúmeras alterações durante a vigência do contrato.

É possível que, em determinado momento durante a relação locatícia, o supermercado adote práticas que, embora respeitantes aos limites do estatuto e ao contrato de locação, extrapolem os limites ordinários de tolerância dos demais condôminos. A título exemplificativo: o supermercado pode redirecionar o exaustor (o que pode causar uma onda de calor ou a propagação de odores diversos) ou adotar determinado procedimento de abastecimento que dificulte o acesso às demais unidades. Nesses casos se aplica o direito de vizinhança e a saída serão duas: (i) fazer cessar a atividade; (ii) reduzir os impactos da atividade perturbadora para os demais condôminos, inclusive com eventuais indenizações dos lesados³³.

³² Parte-se da premissa de que a natureza do condomínio e sua convenção permitem que lá se instale um supermercado, caso contrário haveria um problema a priori, em razão da violação ao estatuto do condomínio.

³³ A solução, aqui, passará por uma análise das consequências globais da atividade. O Supermercado, no caso concreto, é agente que prejudica ou beneficia o interesse coletivo? De um lado, constata-se que o comércio fornece uma vultosa receita para o condomínio, que reduz substancialmente os custos de manutenção do mesmo, podendo até resultar em distribuição de valores aos condôminos. De outro lado, a atividade pode afetar a convivência ou, em última medida, inviabilizá-la. Parece ser muito útil a análise econômica da situação, uma vez que fornece valioso instrumental para a solução do impasse, que poderá ser a indenização daqueles especialmente lesados, a fim de manter o benefício a todo o coletivo, ou a conclusão de que a presença do comércio ali causa mais prejuízos do que retornos. Ver, por todos, Fernando Araujo, em sua obra *Teoria Econômica do Contrato*: “a abordagem da «Law and Economics» aparece já munida de um quadro analítico alternativo, sugerindo a apreciação, ou re-apreciação, de todas as soluções jurídicas – incluindo as contratuais – numa base

Desse modo temos que a violação dos deveres de vizinhança tem o condão de impor ao infrator o dever de cessar a conduta lesiva ou, subsidiariamente, de impor a ele o dever de adotar medidas para mitigá-la. Portanto, caberá ao magistrado determinar obrigações de fazer ou não fazer, a depender da situação concreta.

Assim, importante perquirir quais são os deveres cujas violações facultam ao lesado o acesso à justiça para ver seu direito preservado. Para tal mister, recorrer à legislação se mostra imprescindível.

O primeiro caso que demandou atenção da lei é a ameaça de ruína de um apartamento. Tal fato faculta aos proprietários lindeiros exigirem a reparação do imóvel, bem como caução pelos danos iminentes (art. 1.280 do Código Civil)³⁴. O segundo caso é o do vizinho que deseja realizar obras em seu imóvel, que, se houver potencial de causar dano ao vizinho, este poderá exigir do autor da obra garantias de ressarcimento em caso de prejuízo (art. 1.281 do Código Civil).

Além dessas hipóteses típicas, o Código Civil optou por consagrar também uma cláusula geral³⁵ presente no art. 1.277.

custo-benefício: seja recomendando as soluções que mais directamente, e com menor dispêndio, façam convergir, no cômputo agregado das escalas de interesses e titularidades de todos os envolvidos (dentro e fora da relatividade contratual), os valores de custos e benefícios sociais, otimizando em suma o bem-estar social, aquilo que pode caracterizar-se como a via «paretiana»; seja mais modestamente as soluções que promovam o equilíbrio compatível com a maximização do bem-estar das partes, dentro da relatividade contratual – uma via que, mais atenta à «tutela de expectativas» e aos confinamentos da informação, se dirá mais tributária da «Escola Austríaca» (ARA-UJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, 1.D.).

³⁴ O dano infecto é uma categoria jurídica de danos que ainda não ocorreram, mas estão em sua iminência. Conforme ensina Bevilacqua, é uma regra destinada à proteção do proprietário contra danos que *possam* ser causados ao seu imóvel (BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua. Edição Histórica. Rio de Janeiro: ed. Rio, 1975, pp. 1036-1037).

³⁵ Para Karl Engisch, cláusula geral é “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” (Introdução ao pensamento jurídico, 7. ed., p. 229, citado por Rosa Maria de Andrade Nery, in. Lições preliminares de direito civil. São Paulo: Ed.

Nos termos desse artigo, qualquer interferência prejudicial à segurança, ao sossego ou à saúde pode ser coibida, desde que não de acordo com a finalidade do edifício ou sem atender a determinada função social. Ausente rol de situações, é função da doutrina dar concretude à formulação genérica para identificar quais condutas podem ser punidas nos termos do referido dispositivo.

Isso porque instalar uma oficina mecânica em um prédio de escritórios é uma conduta que viola o direito de vizinhança, pois inviabiliza o sossego dos demais condôminos, em razão do barulho causado. Contudo, se essa mesma oficina não produzir qualquer efeito prejudicial à segurança, sossego ou à saúde, não será possível falar em violação. No mesmo sentido, a instalação de uma enfermaria em um prédio destinado a facilidades médicas não pode ser considerada prejudicial à saúde, de modo que não é enquadrável como violação ao direito de vizinhança, contudo se a mesma enfermaria produzir materiais tóxicos incompatíveis com a estrutura do condomínio, será possível a aplicação do art. 1.277, para fazer cessar a conduta prejudicial à saúde.

O primeiro critério para identificar a aplicação da norma de vizinhança é a avaliação se o exercício do direito da propriedade está de acordo, ou não, com as finalidades e localização do imóvel. O segundo critério é a existência de prejuízo à saúde, ao sossego ou à segurança. Se o exercício do direito de propriedade estiver em desacordo com as finalidades do imóvel ou for prejudicial à saúde, ao sossego ou à segurança, será possível sancionar o proprietário com obrigações de não-fazer, fazer, demolir etc., a depender das especificidades do caso concreto.

O direito de vizinhança, por sua natureza real, gera uma limitação ao direito de propriedade, pois a limitação é pressuposto do exercício concomitante de direitos conflitantes.

Contudo, é preciso evitar a confusão entre limitação e restrição³⁶.

Revista dos Tribunais, 2002, p. 120).

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Tomo

Os casos acima narrados representam limitações ao direito de propriedade, que, por motivos óbvios, deverão sempre ser previstas em lei. Por sua natureza real, a impossibilidade de superação de uma violação ao direito de vizinhança pode culminar na perda do direito de propriedade, em casos mais extremos.

A restrição ao exercício dos direitos de propriedade, por outro lado, é disciplina coligada ao abuso do direito, cujos exemplos históricos são bem enumerados por Menezes Cordeiro: a construção de uma falsa chaminé com o exclusivo fito de vedar o dia na janela do vizinho; o proprietário que bombeia a água de seu poço diretamente para o rio com o único intento de esvaziar o poço do vizinho³⁷. Atualmente por vezes a questão ainda se espalha pelas cortes pátrias, como o caso de um vizinho que plantou pinheiros desmedidamente altos, impedindo assim o sol no jardim do vizinho.

Essas condutas geram ao lesado direito de natureza pessoal e, por consequência, são sancionáveis com a imposição de condenação indenizatória e/ou de obrigações de fazer ou não fazer, mas por não se tratar de um direito real, nunca culminarão na perda da propriedade, tratando-se de mera restrição ao direito de propriedade.

4. VEDAÇÃO À EXCLUSÃO DO CONDÔMINO – “DESA-PROPRIAÇÃO”

Conforme exposto nos itens anteriores, estão nas leis as sanções aplicáveis ao condômino que não respeita o direito de vizinhança e o regulamento do condomínio. Essas sanções consistem em multa, conforme descrito no item 3, ou em obrigações de fazer ou não fazer, nos termos do direito de vizinhança explicitado no item 4.

XII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 564.

³⁷ Respectivamente C. Imp. Colmar, 2-Mai.-1855, D 1856, 2, 9-10 e C. Imp. Lyon, 18-Abr.-1856, D 1856, 2, 199-200. MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no Direito Civil*. 6. reimpr. Coimbra: Almedina, 2015, p. 671.

É certo, portanto, que o legislador previu os instrumentos que julgou adequados e suficientes para inibir o comportamento nocivo daqueles que violam regras de convivência. Raciocínio contrário culminaria, necessariamente, em atribuição de eficácia normativa às ideias de cada julgador que se deparasse com um caso concreto, característica verdadeira de um sistema casuístico.

Destaque-se, de antemão, que não está entre esses instrumentos a pena de banimento ou a “desapropriação-sanção” por violação de regras de conduta. Essas penas não prescindem de autorização legal para sua aplicação, uma vez que restringem ou até suprimem o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado no rol dos direitos fundamentais.

Desse modo, é inconcebível que o ordenamento jurídico brasileiro aceite uma decisão judicial que tenha como efeito a “desapropriação” do condômino antissocial, ou mesmo a “suspensão” do exercício dos direitos correlatos à propriedade, que consubstancia uma restrição extrema ao direito de propriedade.

Muito além do princípio *nulla poena sine lege*, consagrado na Constituição em seu art. 5º, inc. II, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, a vedação a esse tipo de desapropriação privada é garantia do direito fundamental de propriedade (art. 5º, inc. XII). Note-se que o próprio texto Constitucional estabeleceu que hipóteses para ocorrência de desapropriação devem ser estritamente previstas em lei³⁸.

Contudo, a defesa do direito fundamental de propriedade não é o desejo de boa parte da doutrina³⁹.

³⁸ Art. 5º, inc. XXIV: A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

³⁹ Veja-se, a título meramente exemplificativo, o posicionamento de Nelson Kojanski, que aparentemente advoga por “revolucionária alteração constitucional” a fim de possibilitar a suspensão do exercício da posse direta (opção espanhola) ou mesmo a exclusão do condômino nocivo (opção suíça), embora entenda que, no ordenamento atual, a única sanção possível é a pecuniária (*in*. Condomínio Edifício, aspectos

A fim de compreender o argumento daqueles que advogam pela possibilidade de suspensão da posse, ou mesmo da desapropriação do condômino antissocial, foram analisadas as premissas de seus argumentos.

4.1. APLICAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É muito frequente a utilização do argumento de que os direitos fundamentais possuem eficácia imediata em face das normas de direito privado, funcionalizando-as de forma proibitiva e imperativa, devendo as cortes constitucionais exercer controle de proporcionalidade das normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, Canaris é preciso ao exemplificar. Veja-se seu exemplo: a criação da “Lei de Proteção contra Despedimentos (demissões)” na Alemanha criou um embaraço insuperável aos pequenos empresários, que, impossibilitados de demitir funcionários, estavam fadados à bancarrota (BVerfG, in NJW, 1998, p. 1475)⁴⁰. No caso exposto por Canaris, a legislação especial cedeu frente ao princípio constitucional da livre iniciativa econômica, afastando a aplicação de uma lei que inviabilizava a atividade empresarial.

Importante destacar, contudo, que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é diversa daquela aplicável na relação entre estado e cidadão. Nesses casos, é necessária proteção muito mais intensa do cidadão contra o poder estatal, pois há vertiginosa vulnerabilidade do cidadão frente ao estado.

Nas relações entre agentes privados, se houver vulnerabilidade, será ela menos assimétrica. Em segundo lugar, princípios como “bem comum” e “interesse público” não têm, via de regra, papel para a tutela dos interesses tratados entre

jurídicos relevantes. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2015, p. 277-281)

⁴⁰ Referência do caso concreto: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 36-37.

particulares⁴¹.

Desse modo, o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais no direito privado deve seguir ditames muito rigorosos, sob pena de restringir e eventualmente anular as liberdades individuais.

A utilização de princípios para justificar a exclusão de um condômino resulta em perigosíssimo desvio de categoria jurídica, que pode aviltar a ordem jurídica. No caso em estudo, a ordem jurídica foi precisa ao delinear as situações que são sancionáveis (desrespeito ao estatuto condominial e ao direito de vizinhança), descreveu os procedimentos legais para apuração da ilicitude da situação (devido processo no âmbito condominial e processo judicial) e, por fim, determinou as penas aplicáveis em caso de apuração positiva do ilícito.

Também sobre as dificuldades de aplicação de princípios, alertou Rodrigues Junior. Segundo o autor, propala-se que há um novo Direito Civil, voltado para valores como dignidade da pessoa humana e função social. Por outro lado, ignorar a história, a metodologia, os princípios e as funções do Direito Civil pode ser catastrófico e a mera transposição de valores e princípios do Direito Público, como a função social, resultam em um sistema remendado⁴².

⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2003, p. 37-38.

⁴² Dois exemplos dados pelo autor exemplificam a impossibilidade da transposição dos princípios do direito público para o direito privado.

No primeiro exemplo, é um fato que todos os dias pessoas são contratadas e demitidas de diversas sociedades empresárias pelos ainda mais diversos motivos. Nesse cenário, questiona o autor, seria possível exigir dos patrões o dever de fundamentação e o procedimento administrativo para apuração das circunstâncias da demissão típicos dos cargos públicos? Evidente que não.

No segundo exemplo, tem-se que o nepotismo é vedado e abolido no serviço público pelo art. 37, caput, da Constituição Federal e pela Súmula Vinculante n. 13. Há vasto consenso de que o nepotismo pode ser nefasto para a administração de um estado ou de uma empresa, mas seria possível aplicar a mesma restrição às empresas familiares? Conclui-se, portanto, que a mera transposição de princípios do direito público é impossível, pois ignora toda a estrutura epistemológica do direito privado RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na*

É diante desse quadro que se afirma que o ordenamento criou um sistema fechado e coerente para inibir os ilícitos, de modo que não pode o juiz aplicar uma nova pena, não prevista no ordenamento jurídico⁴³. A ânsia punitivista, possivelmente gerada pelo genuíno desejo de combater injustiças no caso concreto, acaba por criar um sistema desprovido de organicidade e coerência.

É lição elementar, havendo ilícito, aplica-se uma sanção. Não pode essa sanção, contudo, ser antijurídica (i.e., não prevista pelo ordenamento), sob pena de criar um sistema randômico.

A confusão entre ilícito e antijurídico é frequente, contudo muito perigosa⁴⁴.

tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito*, Coimbra, ano 143, vol. II, pp. 43-66, 2011.

⁴³ Já alertava Hans Kelsen que a ciência jurídica está repleta de elementos que lhe são estranhos. Segundo o autor, a jurisprudência se confunde com psicologia e sociologia, com ética e teoria política, o que obscurece a essência da ciência jurídica. Não nega, contudo, que haja entre referidas áreas conexão com a ciência jurídica, mas o sincretismo metodológico “dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (*Teoria Pura do Direito*; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1). Nesse sentido, portanto, estatuiu o autor que o ilícito tem como consequência a imposição, pelo Direito, de uma sanção. Assim, uma proposição jurídica delinea o Direito e, ato contínuo, descreve os pressupostos ou condições nos quais se pode executar o ato de coação estatal, que também deverá ser especificado pela ordem jurídica (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 76).

⁴⁴ “a ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, que forma a condição ou o pressuposto de um ato de coerção estatuído pela mesma ordem jurídica, representa o fato designado como ilícito ou delito, e o ato de coação estatuído como sua consequência representa a consequência do ilícito ou sanção. Somente pelo fato de uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica ser feita pressuposto de um ato de coação estatuído pela mesma ordem jurídica é que ela é qualificada como ilícito ou delito; apenas pelo fato de um ato de coação ser estatuído pela ordem jurídica como consequência de uma ação ou omissão por ela determinada é que este ato de coação tem o caráter de uma sanção ou consequência do ilícito. Como já anteriormente foi acentuado, os atos de coação estatuídos pela ordem jurídica como consequência de outros fatos (que não ações ou omissões) não são “sanções” no sentido específico de consequência do ilícito; e os fatos que as condicionam, uma vez que não são ações ou omissões de certos indivíduos determinadas pela ordem jurídica, não têm o caráter de um ilícito ou delito.

Isso porque “o ilícito não é negação, mas pressuposto do Direito” e, se pressuposto do direito o é, não pode ser antijurídica a sanção a ele aplicável. A sanção deve ser obrigatoriamente prevista em lei, sob pena da adoção de uma ordem “metajurídica, natural ou divina” para aplicar as sanções. Os riscos de tal proceder são auto evidentes.

Contudo, a insistência em aplicar princípios como bem comum e interesse público nas relações condominiais é pulverizada. Veja-se, por exemplo, a defesa de que, para fins de extinção do condomínio, “é possível, *no silêncio da lei, a venda judicial do imóvel*, sub-rogando-se o condômino no preço”, pois “a *função social da propriedade* não mais é limite, mas seu conteúdo (...). Não teria sentido, portanto, tutelar o direito de propriedade exercido com abuso e que fere a função social, com natureza de ato ilícito (art. 187 do CC), mantendo situação que compromete a vida social no condomínio”⁴⁵.

Ao lançar mão dos princípios da função social da propriedade para justificar a exclusão do condômino, a doutrina recai em infeliz e perigoso erro. Isso porque a contaminação do direito privado pelo direito público acarreta a perda daquele notável instrumento contra toda e qualquer forma de totalitarismo.

O direito privado é o direito das liberdades individuais,

A relação entre ilícito e consequência do ilícito não consiste, assim - como pressupõe a jurisprudência tradicional -, em a uma ação ou omissão, pelo fato de representar um ilícito ou delito, ser ligado um ato de coação como consequência do ilícito, *mas em uma ação ou omissão ser um ilícito ou delito por lhe ser ligado um ato de coação como sua consequência*. Não é uma qualquer qualidade imanente e também *não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito - mas única e exclusivamente o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção*” (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 78, grifos nossos).

⁴⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Comentário ao art. 1.337 do Código Civil. In: PELUSO, Cezar (Coord.) *Código Civil Comentado*: doutrina e jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010, p. 1364.

sacrificá-lo para trazer ao centro da análise o “bem comum” absorve o indivíduo, que se transforma em mera parte de um todo, um subproduto⁴⁶. A história não é muito favorável aos países que colocaram a nação (e o interesse público) acima do indivíduo.

4.2. O CASO EXTREMO: CONDÔMINO ARMADO

A teoria deve ser submetida a intensos testes de estresse para comprovação de sua higidez, como parte do método científico. A vedação à desapropriação, mesmo em sua forma “leve” (na qual o proprietário perderia a posse direta sobre o imóvel), deve ser testada através de um caso concreto extremo.

Imagine-se que determinado condômino está armado, na portaria do prédio, ameaçando a integridade física dos demais condôminos.

Tal situação fere o senso de justiça de qualquer cidadão. É simplesmente absurdo conceber que aquele que mora na porta ao lado pode utilizar uma arma de fogo para intimidar os vizinhos ou, ao extremo, atentar contra suas vidas.

Contudo, cabe à doutrina questionar se é função do direito civil lidar com esse tipo de situação. O direito civil, direito das gentes, foi construído nos últimos milhares de anos, aperfeiçoando suas previsões hipotéticas para casos concretos de modo a melhor tutelar a vida em comunidade. Como visto acima, muitas vezes o direito civil não está adequado para as mudanças – a ausência de previsão do condomínio edilício no Código Civil de 1916 é um exemplo disso.

Inobstante, a hipótese de um vizinho agressivo não é propriamente uma novidade e remonta desde quando a vida em comunidade se iniciou.

⁴⁶ DEL NERO, João Alberto Schützer. Do “Estado liberal” para o “Estado social”: o caso do Direito Privado?. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova série. Brasília, n. 3, 1997, pp. 43-63.

Não parece que haja uma omissão do legislador, isso porque o sistema jurídico possui outras alternativas para coibir comportamentos extremos.

Apenas para fins elucidativos, um paralelo pode ser interessante. Tome-se o caso do motorista alcoolizado. Não há nenhuma pessoa que irá negar o fato de ele estar agindo de forma ilegal ao dirigir sob efeito de entorpecentes, contudo sob o prisma civil, não há nenhuma ilicitude em sua conduta. Aliás, se o motorista estiver sem documentação, com a documentação do carro irregular, alcoolizado e enquanto estiver estacionado no semáforo aguardando o sinal verde for abalroado, será ele credor de direito indenizatório.

No exemplo acima, o condômino, na esfera civil, poderá ser condenado ao pagamento de multa e a não utilizar mais a arma no condomínio. Na esfera administrativa, pode ele perder seu direito ao porte de arma de fogo, na esfera penal pode responder a processos em razão de crimes como ameaça, porte ilegal de arma, lesão etc.

Assim, em casos extremos que ferem o senso de justiça, é muito provável que a conduta antissocial seja, na verdade, sancionável por outros sistemas. A busca por soluções, dentro do direito civil, para problemas que são a ele absolutamente estranhos somente causará distorções insuperáveis no sistema, trazendo prejuízos de difícil estimação.

5. CONCLUSÃO – POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO *DE LEGE FERENDA*

Diante desse quadro, tem-se que a aplicação da sanção de remoção do condômino antissocial é completamente inadequada, pois não possui suporte legal que a sustente. No mesmo sentido, também não se trata de uma lacuna legislativa, uma vez que foram devidamente previstos os instrumentos para a sanção do condômino nocivo.

Também restou demonstrado que a aplicação indevida dos direitos fundamentais para resolver a problemática em tela somente acarreta prejuízos a esses direitos e não resolverá o conflito material, apequenando tanto o direito civil, quanto o constitucional.

Caso haja um diagnóstico social de que é necessário o agravamento das penalizações ao condômino antissocial – dentro da seara do direito civil –, seja adotando-se restrições à posse direta do imóvel, seja adotando-se a alienação forçada do imóvel, tais alterações deverão acontecer de *lege ferenda*, caso contrário condenaremos o sistema ao insustentável casuísmo.