

A análise da horizontalização das normas de Direito Condominial para manutenção dos direitos fundamentais

Sumário.

1. Introdução.
2. Aplicação dos Princípios como forma de interpretação da norma.
3. O condomínio edilício e a sua função social.
4. Formação do condomínio edilício.
 - 4.1. Instituição do condomínio.
 - 4.2. Convenção condominial.
5. Alteração de destinação.
 - 4.1 Quórum antigo.
 - 4.2 Atual quórum.
6. Direito de Propriedade.
7. Horizontalização do novo quórum para alteração da destinação.
8. Bibliografia.

Introdução.

O professor Miguel Reale na exposição de motivos do Código Civil de 2002¹ deixa evidente que a norma substantiva foi criada com normas abertas para facilitar ao aplicador do Direito a subsunção da norma ao caso concreto. Vejamos:

Valorizar um sistema baseado em cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador. Essa pode ser tida como a principal diferença de filosofia entre o Código Civil de 2002 e seu antecessor. REALE, Miguel. 2003. P. 177.

Desta maneira, o fenômeno da anomia das normas, que é observado numa sociedade moderna e globalizada que diariamente demanda a resposta do Estado Justiça em casos igualmente modernos, pode ser enfrentado pelos aplicadores do Direito.

¹ REALE, Miguel. Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo. Questões controvertidas do novo Código Civil. São Paulo: Método; 2003. P.177.

Nas palavras de Judith Martins Costa², percebe-se na atual codificação material um sistema aberto ou de janelas abertas, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa.

Como antes visto, o legislador passou a adotar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que trazem maior flexibilidade para o aplicador do Direito e permitem a importante comunicação entre as normas de Direito Privado e as diretrizes da Constituição Federal e das normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos.

Sobre a nova técnica do Direito Civil, os professores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald³, ensinam que é possível afirmar que as cláusulas gerais são normas de conteúdo aberto que possuem diretrizes a serem fixadas em cada caso concreto. Desta maneira, seu conteúdo e os seus efeitos são dotados de grande plasticidade. Podem ser citados como exemplos, para clarificar o tema, os artigos 421 e 422 ambos do Código Civil, que determinam a utilização da boa fé objetiva e o respeito à função social nas relações privadas.

Neste mesmo giro, outro exemplo a ser explorado é o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil que entrega ao Juiz a possibilidade de “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestações pecuniárias*”.

Nitidamente, o Juiz assume uma posição de grande relevância, pois caberá a ele diante da análise de um caso concreto (i) mitigar a extensão que se pode dar a norma geral (ii) ou resolver o conflito entre normas nacionais e internacionais visando a satisfação do conflito.

O artigo 489 § 1º do Código de Processo Civil determina os fundamentos obrigatórios que o Juiz deve fazer constar na sentença, ou seja, não pode o Juiz introduzir valores pessoais, afastando-se de ideologias consonantes com a Constituição Federal.

Sobre a necessidade da fundamentação, o professor Daniel Amorim Assumpção Neves ensina que:

² MARTINS COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 118.

³ Curso de direito civil: parte geral e LINDB / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 20º ed.. ver. ampl. e atual. – Salvador: Ed.Juspodivm, 2022, p 57.

A fundamentação da decisão é essencial, sendo um Princípio constitucional previsto no artigo 93, IX, da CF. Sendo a sentença um ato declaratório de extrema importância no processo, é evidente que a fundamentação não pode ser dispensada. Na fundamentação, o juiz deve enfrentar todas as questões de fato e de direito que sejam relevantes para a solução da demanda, justificando a conclusão que chegará no dispositivo. E reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença. (Enunciado 307 do FPPC).

Nesse sentido, notável que, em que pese tenhamos normas abertas – o que viabiliza a aplicação da legislação existente em casos inusitados, evitando tornar-se obsoleta e inutilizável –, e o magistrado tenha discricionariedade para conduzir e julgar as demandas que lhe compete, a barreira hierárquica das normas constitucionais se sobrepõe às particularidades subjetivas inerentes a cada ser e a cada caso. Diante disto, resta demonstrada a necessidade de se fazer a correta interpretação de todo o sistema com o apoio de Princípios. É a denominada Constitucionalização do Direito Civil e Processual Civil.

Aplicação dos Princípios como forma de interpretação da norma.

Num primeiro momento, importante conceituar “Princípio”, o que pode ser feito como *“fonte de direito conforme previsão do artigo 4º da Lei de Introdução, o que denota o seu caráter normativo. Analisando os seus fins, os princípios gerais são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto ou ramo jurídico para auxiliar o aplicador do direito na busca da justiça e da pacificação social”*⁴.

Na prática, é possível observar que normas de conteúdos abertos conflitam, em alguns casos, com outras normas do mesmo patamar. Aliás, até mesmo entre normas constitucionais e internacionais é possível observar tais conflitos.

É nesse momento (conflito de normas do mesmo patamar) que a técnica da ponderação de interesses deve ser utilizada (esse tema será detalhado a seguir em tópico específico).

A ponderação dos interesses é uma técnica utilizada para solução de conflitos entre normas, devendo ser considerado o resultado, quer seja com a aplicação de uma ou de outra norma, contudo, prevalecendo a preservação da dignidade humana.

⁴ Manual de direito civil: volume único / Flavio Tartuce. – 8. Ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2028. P. 23.

O Princípio da proporcionalidade pode ser utilizado como forma de aplicação da técnica da ponderação e sobre ele é necessário considerar que *“no particular das relações privadas, como consequência da constitucionalização das relações de Direito Civil e da natural exigência de uma interpretação conforme a Constituição, é necessário desenvolver técnicas capazes de produzir soluções que, operando multidirecionalmente, respeitem os mais diversos valores fundamentais presentes em cada conflito de interesses”*⁵.

Em síntese, diante de um caso concreto, onde o Princípio da Proporcionalidade poderá ser aplicado para resolução de um conflito de normas (em alguns casos de mesma grandeza) deve ser buscada a preservação dos elementos constitutivos da personalidade (artigo 5º, X, CF), pois, a efetivação destes direitos fundamentais garantirá, de forma reflexa, a preservação da dignidade da pessoa humana (resultado primário), logo restará preservada a Função Social (resultado secundário) que será pulverizada sobre toda a sociedade.

Destarte, a proteção dos Direitos humanos, quando preservados os direitos fundamentais, também será preservada. Em suma, essa é a Teoria do Controle de Constitucionalidade.

O condomínio edilício e a sua função social.

O condomínio edilício era disciplinado na primeira parte da Lei 4591/64 até que o Código Civil passou a tratar do tema, desta forma, com base no artigo 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Estudo do Direito Brasileiro, houve a revogação tácita dos artigos 1º a 27º da lei anterior.

O artigo 1331, CC, dita que pode haver, em edificações, duas modalidades de partes, sendo elas:

Partes que são propriedades exclusivas com as respectivas frações ideias no solo e nas outras partes comuns.

Partes que são propriedade comum dos condôminos que, diferentemente da propriedade exclusiva, não podem ser alienados separadamente ou divididos.

⁵ Curso de direito civil: parte geral e LINDB / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 20º ed.. ver. ampl. e atual. – Salvador: Ed.Juspodivm, 2022, p 116.

Verifica-se, portanto, que há no condomínio uma relação entre coisas e não entre pessoas. É justamente nesta sobreposição de propriedade de diversos agentes que se verifica o condomínio edilício.

Com relação a sua natureza jurídica, o condomínio edilício, segundo entendimento majoritário, não é considerado pessoa jurídica por não estar no rol do artigo 44 do Código Civil. Evidentemente, há uma polêmica sobre este tema e ela é embasada no Enunciado 90 do CJF/STJ pelo qual, “*deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse*”.

Com a apresentação do conceito de condomínio edilício, é importante, para maior compreensão e acompanhamento da forma de constituição do Estado e seus reflexos, que os fatos históricos que desencadearam as novas atividades sociais sejam estudados, pois dessa forma fica mais fácil a compreensão das finalidades do instituto incluído no Código Civil.

Segundo Gilberto Brandão Marcon⁶ em seu artigo “A História da Migração do Campo para as Cidades do Brasil do século XX”, o século XX deve ser dividido em dois importantes períodos, sendo que o motivo que os difere é o local, a natureza dos trabalhos realizados e os proventos auferidos.

De início, a concentração das atividades, visando a subsistência familiar, eram executadas no campo de maneira artesanal e, num segundo momento, passaram a ser obras nos centros urbanos.

Inicialmente, 70% das famílias brasileiras viviam na zona rural e, por óbvio, a concentração do trabalho lá estava. Buscando melhores condições de trabalho, os grupos familiares migraram para a zona urbana, sendo que no final do século XX apenas 22 % destes ainda estavam trabalhando no campo.

Ocorre, porém, que as cidades não possuíam infraestrutura básica (água, saneamento, segurança, controle de pragas e de doenças) para receber todos os grupos, tampouco existiam regramentos que tipificavam e regulamentavam a nova forma de convívio em condomínio, o que resultava em conflitos e abusos promovidos pelos detentores do capital.

⁶MARCON, G. B. *A História da Migração do Campo para as Cidades do Brasil do século XX*. Disponível em: <www.administradores.com.br>. Acesso em: 11 set. 2017.

Tendo como base um enfoque global, pode ser observado, que os movimentos de migração da população dos campos para as cidades e os processos de industrialização marcaram o início das reações sociais contra o absolutismo dos direitos individuais.

A concepção individualista das legislações daquela época (pré 1799) formatou um sistema de direitos absolutos. O Monarca era considerado a imagem e a vontade de Deus na terra e, desta forma, o exercício de suas determinações era protegido e jamais poderia ser considerado abusivo, mesmo que dele decorressem consequências danosas para a sociedade⁷.

Ato reflexo teve início uma reação social contra o absolutismo dos direitos individuais, que passaram a encontrar limites em regras de convívio social, visando o bem estar e a justiça social.

A nova política Estatal embasada nos ideias de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa (1789 / 1799) tinha como meta afastar a intervenção do Estado nas relações privadas.

O Estado (liberalista) passou a controlar principalmente a segurança pública e a dar liberdade para as relações particulares. Porém, da mesma forma que no Absolutismo, o poder econômico garantiu a uma classe social (nobreza) mais poder e mais vantagens no momento de negociar, em detrimento das camadas sociais menos abastadas.

Os abusos e as desigualdades não cessaram, havendo somente a mudança da nomenclatura de seus infratores, o que antes era o Estado Absolutista, nessa fase passou a ser a burguesia, atual detentora do maior capital.

Tornou-se necessária a retomada, porém limitada, da intervenção do Estado nas relações particulares, de modo a permitir que fosse assegurado ao menos o mínimo para a subsistência de forma digna de todos os seres humanos e não somente daqueles que detivessem poder e influencia econômica.

Intensificou-se a complexidade dos tratos sociais, suas necessidades (novas para o regramento jurídico) e o número dos interesses em choque.

Diante disto, tornou-se necessário estabelecer limites aos direitos subjetivos, o que foi feito por meio das “doutrinas da causa das obrigações, da imprevisão, do risco, do enriquecimento ilícito e do abuso do direito”⁸.

O Estado, portanto, com a potencialização da produção e do consumo, se viu obrigado a intervir de forma cada vez mais significativa, assumindo funções que foram

⁷ LIMA, A. *Abuso de direito*. Revista Forence, p29.

⁸ MARTINS, P.B. *O abuso de direito e o ato ilícito*, p.4.

deixadas exclusivamente para a iniciativa privada num movimento histórico chamado Revolução Francesa, com os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade pulverizados.

A partir da primeira guerra mundial fez-se valer, cada vez mais, o pensamento ético do enquadramento social do indivíduo e a sua conseqüente responsabilidade social e, após 1945, tomaram vulto nos organismos políticos, sob a pressão das tendências sociais e de bem estar, os direitos de fiscalização e de atuação estatal também na esfera do direito privado. Operou-se, desta forma, uma mudança fundamental, não somente no conteúdo do direito privado, mas também no próprio método de aplicação do Direito ⁹.

Estas grandes transformações do mundo contemporâneo acabaram por determinar a transformação do Estado Liberal primitivo, na tentativa de adaptá-lo às demandas dessa nova sociedade, marcada pela industrialização, pela falta de habitação e pelas suas conseqüências.

O novo modelo social surgido dessa adaptação, que recebeu o nome de Estado Social, estabeleceu como finalidade a criação de uma “política direcionada à neutralização das desigualdades” ¹⁰.

A necessidade de orientar a sociedade em direção a uma igualdade efetiva e de tornar as relações sociais mais igualitárias passou a exigir limites para a autonomia privada. As formas de intervenção estatal passaram a atuar sobre as posições privadas afetando essencialmente a propriedade e os contratos.

Esta intervenção do Estado produziu um novo direito privado, abrindo um liame entre o poder estatal, a autonomia privada, o poder discricionário do judiciário, a adequação das normas, os conflitos entre normas de um mesmo patamar, entre outros instrumentos utilizados para a manutenção da ordem atentando-se para a prevalência e preservação dos direitos humanos, sendo os primeiros passos no que hoje vislumbramos como a horizontalização e constitucionalismo do direito civil e processual civil.

A legislação brasileira já respirava os novos ares, porém, tinha sua base na noção clássica romana de divisão de terra por glebas e das casas em planos verticais, de modo que não previa a possibilidade de condomínio em planos horizontais, logo, não respondendo a todas as necessidades sociais.

⁹ RAISER. L. *Il futuro del diritto privato. Il Compito del Diritto Privado*, p.218.

¹⁰ LOPEZ. Y Lopez, Angel. M. op. Cit., pp 426 e 427.

O Estado, visando o restabelecimento da ordem social, instituiu a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Durante alguns anos, essas normas foram suficientes para nortear a conduta social e afastar conflitos relacionados à habitação, mas como antes exarado, as necessidades sociais são dinâmicas e assim deve ser a ciência do Direito, sempre se modificando para alcançar o novo formato social e as suas expectativas, por essa razão foi promulgado em 2002 o Código Civil que passou a tratar diretamente do Condomínio edilício.

Formação do condomínio edilício. Sua forma de Instituição e os elementos da Convenção condominial.

O condomínio edilício pode ser compreendido, como antes dito, como a justa posição de áreas de uso comum de distintos proprietários,

O Código Civil¹¹ em seu artigo 1331 dito que pode haver, em edificações, partes que são propriedades exclusivas, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

Ou seja, cada condômino é titular, com exclusividade, da unidade autônoma e titular de partes ideais das áreas comuns.

Necessário entendermos que o condomínio edilício se torna jurídico com a sua **instituição**¹² que garante a individualização de cada unidade com a determinação da fração ideal atribuída a cada uma relativamente ao terreno e as partes de uso comum e o fim a que se destinam (esse tema será estudado de forma mais ampla a seguir).

Como a finalidade da instituição do condomínio edilício é a possibilidade de comercialização de unidades independentes, a forma mais comum deste ato *inter vivos* é a incorporação imobiliária prevista na Lei 4591/64.

¹¹ A primeira norma que tratou sobre o condomínio edilício foi o Decreto Lei 5481/28. Depois disso, com a Lei 4591/64 o tema foi tratado em lei específica até a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

¹² Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial:

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam.

Os requisitos para a instituição são:

I - a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns;

II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns;

III - o fim a que as unidades se destinam.

O professor Luiz Antônio Scavone Junior¹³ ensina que para o processo de registro da instituição é necessária a especificação das áreas, a convenção, o comprovante de recolhimento do ISS da obra, o comprovante de negativa de débitos previdenciários e o Habite-se.

Com todos estes documentos juntados a ata da assembleia de instituição do condomínio, o registro poderá ser realizado pelo Cartório (artigo 167, I, 17 da Lei 6015/73).

Instituído o Condomínio, nasce a necessidade de organização das áreas em comum.

A **Convenção de Condomínio**¹⁴ é, portanto, elemento fundamental para constituição do condomínio, devendo ser aprovada e subscrita por no mínimo dois terços dos titulares das frações ideais e passará a ser obrigatória para todos.

Com base no Princípio da Publicidade, a convenção terá efeitos *erga omnes* se registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Seus elementos constitutivos são, além das cláusulas referidas no art. 1.332 (elementos da instituição) e dos que os interessados houverem por bem estipular, os seguintes:

I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;

¹³ Direito Imobiliário: teoria e prática / Luiz Antonio Scavone Junior. -15, ed – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P.891.

¹⁴ Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

II - sua forma de administração;

III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e quórum exigido para as deliberações;

IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores;

V - o regimento interno.

Por este giro, três pontos são de importante análise.

O primeiro é, segundo o artigo 1351, CC, que a mudança da convenção pede assembleia com quórum qualificado de dois terços das frações ideais.

Digo que este tema é importante porque na prática é comum vermos alterações / complementações de convenção com quórum simples.

O resultado, com base nos artigos 104 e 166, ambos do CC, é a nulidade do ato.

O segundo é que o Regulamento interno, documento que descreve os comportamentos esperados de cada morador em cada uma das áreas de uso comum do condomínio, pode ter quórum de revisão distinto da Convenção, o que na prática, também, gera dúvidas e até atos nulos.

O terceiro, que é o mais importante para este estudo, é que tanto no instrumento particular ou público de instituição, quanto na convenção, há a obrigatoriedade da definição da destinação da edificação.

Alteração de destinação.

A destinação da edificação fixa, desde o início da criação do empreendimento¹⁵ que mais adiante será instituído e se tornará um condomínio edilício, a forma de utilização da propriedade.

A destinação pode ser para uso único (comercial / residencial) ou para uso de natureza mista, o que é muito comum em condomínios da área central de São Paulo.

Até 12 de julho de 2022, o Código Civil dispunha que para a mudança da destinação era necessário quórum qualificado de 100 % (cem por cento) das frações ideais votando a favor em assembleia específica. Algo praticamente impossível de acontecer.

¹⁵ O artigo 32, j da lei 4591/64 (Lei das Incorporações), fixa que o memorial de incorporação necessário para obtenção do Registro da Incorporação obrigatório para início da comercialização das unidades, é composto, também, pela Convenção condominial e de modo reflexo pela indicação da destinação.

A Lei 10406/2022 alterou o quórum de forma que o artigo 1351 do Código Civil passou a exigir quórum de 2/3 (dois terços) das frações ideais votando a favor em assembleia específica.

A referida Lei teve como início o PL de nº 4000/21 do senador Carlos Portinho do PL e tem a seguinte justificativa¹⁶:

O Código Civil atualmente exige que a unanimidade dos condôminos esteja de acordo com a alteração da destinação do edifício ou da unidade imobiliária, à exceção da regra que fixou o quórum de 2/3 dos condôminos para promover alterações na convenção de condomínio.

Assim, a exigência da unanimidade estaria em desarmonia com princípio da função social da propriedade, consagrado tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código Civil, ante a situação de prevalência de um voto contrário sobre todos os demais votos favoráveis, caso apenas um condômino se opusesse à alteração da destinação do imóvel.

Esse poder de oposição prejudicaria não só os interesses dos demais condôminos, como também os interesses de ordem pública afetos ao urbanismo, funcionando como um obstáculo à modernização das cidades.

Nesse contexto, a exigência de aprovação unânime requer um grau de harmonização e convergência de vontades que tende a tornar praticamente inviável a tomada de decisão no âmbito condominial.

Segundo a justificativa do projeto, as pesquisas mais recentes do setor imobiliário indicam que a procura por salas comerciais vem diminuindo ao longo dos anos, o que se agravou significativamente durante a pandemia de Covid-19, ante a adoção e a manutenção do teletrabalho.

A partir desse cenário, percebe-se uma predisposição dos municípios a estimular a política do retrofit (requalificação) e a modificação da destinação comercial para residencial de imóveis, sendo que cidades como Rio de Janeiro e São Paulo já editaram legislações com o propósito de promover políticas públicas de recuperação urbanística, cultural, econômica e social de seus centros urbanos.

À vista disso, a proposição legislativa estabelece o quórum mínimo de 2/3 (dois terços) dos condôminos para alteração da destinação do edifício ou da unidade imobiliária, o que se mostra razoável por permitir o progresso da sociedade e o êxito de políticas públicas urbanísticas, sem também engessar o mercado imobiliário.

A sanção, portanto, é de extrema importância para assegurar a função social da propriedade e, assim, atender as perspectivas dos condôminos, bem como fomentar o mercado imobiliário no País.

Justificativas expostas, ainda resta a pergunta a que se busca responder neste estudo:

¹⁶ <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/noticias/2022/julho/lei-altera-as-regras-para-a-mudanca-da-destinacao-do-edificio-ou-da-unidade-imobiliaria#:~:text=O%20C%C3%B3digo%20Civil%20atualmente,mercado%20imobili%C3%A1rio%20no%20Pa%C3%ADs.>

O novo quórum de 2/3 desrespeita o direito fundamental de propriedade, na medida em que o comprador da unidade imobiliária, em condomínio edilício, exercitou o seu poder de definição da forma de uso do seu bem, e pouco depois viu o seu direito suprimido por uma nova norma?

Direito de Propriedade.

Visando esclarecer a indagação acima exposta, importante partir do estudo do principal instituto dos direitos reais (artigo 1225, CC), porque a pergunta que se faz, como antes apresentada, é se a nova norma fere ou não direito fundamental.

O Direito de propriedade, conceituado como a relação jurídica estabelecida entre uma pessoa natural ou jurídica, que garante o poder de uso, gozo e a disposição em consonância com as suas finalidades sociais e econômicas, deve ser respeitado por ser um direito fundamental (artigo 5º, caput, CF), essencial para a preservação da dignidade humana.

A propriedade deve ser vista pelo olhar dos agentes envolvidos na relação, preservando-se a boa-fé, e pelo olhar da sociedade, preservando-se a função social (artigo 1228, §§ 1º e 2º, CC).

Fazendo uma interpretação do todo exposto, imperioso considerar que antes da modificação do quórum, para alteração da destinação imobiliária, o legislador melhor protegia o patrimônio do condômino, pois assegurava à este, antes da aquisição do bem, o direito de escolher um imóvel com utilização residencial ou comercial.

A proteção era decorrente justamente da rigidez imposta pelo quórum de 100% (cem por cento) exigido na específica assembleia.

Pleno o exercício do poder de uso inerente ao proprietário.

Pleno o exercício do poder de fruir inerente ao proprietário.

Explico com o seguinte exemplo: Faço a aquisição de uma laje inteira num prédio de destinação comercial visando a locação de todo o andar para diversas empresas ou profissionais liberais.

Para esta aquisição, foram analisadas a área, o perfil dos possíveis inquilinos interessados e o valor da locação com base no metro quadrado.

Após todas as análises, verifiquei que o tempo de retorno e de valorização do empreendimento justificava a aquisição. Assim foi feito.

Porém, com a mudança da destinação possibilitando a instalação de residências no mesmo condomínio (destinação de uso misto) observa-se o desinteresse na locação e a diminuição do valor ofertado pelo metro quadrado.

Nítida agressão ao direito de propriedade.

Um exemplo que pode ser de mais fácil visualização para alguns é a permissão de locação por plataformas digitais por curto período.

Neste exemplo, a reclamação é justamente a configuração, o que não concordo, da alteração da destinação, e por causa disso a desvalorização dos imóveis.

Evidente o conflito entre a proteção da propriedade e da livre expressão dos associados facilitadas pela diminuição do quórum.

Horizontalização do novo quórum para alteração da destinação.

Importante lembrar que os Direitos reais são lastreados pelo Princípio do absolutismo, no sentido de conferir efeitos contra todos, também conhecido por “*erga omnes*”.

Porém, como ensina o professor Flavio Tartuce, esse absolutismo não significa que geram poderes ilimitados de seus titulares sobre os bens que se submetem a sua autoridade.

Como qualquer outro direito fundamental, o ordenamento jurídico o submete a uma ponderação de valores, eis que, em um Estado Democrático de Direitos, marcado pela pluralidade, não há espaço para dogmas, dada a diversidade ideológica própria das democracias, a qual se reflete no texto constitucional.

Dito isto, é possível haver a colisão entre princípios e o conflito entre normas, sendo o primeiro superado por meio de um esquema de ponderação, atribuindo-se em face de uma situação objetiva, peso maior a determinado princípio em face do outro, enquanto que no segundo, se duas regras apresentam incompatibilidade de convivência no ordenamento jurídico, este se vale de outras regras para superá-la.

Neste mesmo turno, o professor Flavio continua e afirma que, sendo o pluralismo um dos aspectos do Direito Civil Contemporâneo e da realidade pós-moderna, em casos de

colisão que envolve os direitos fundamentais, como o de propriedade, deve-se buscar a solução na técnica da ponderação prevista no artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil.

Assim, “a ponderação é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, Ana Paula. Rio de Janeiro, p. 23).

Seguindo esta técnica, temos que verificar se as razões que justificaram a nova norma são fortes o suficiente, ou seja, se dois princípios entram em colisão, o de maior peso prepondera sobre aquele a que o órgão jurisdicional competente atribuir peso menor.

Ocorre que não há hierarquia entre normas constitucionais, e com a constitucionalização do direito, a sua horizontalização visando lançar um mesmo olhar - já calibrado e permeado pelos fundamentos que a carta magna prevê - a todos os ramos do direito, não é surpresa que a ponderação dos princípios constitucionais seja cada vez mais frequente.

É possível observar que a horizontalização que presenciamos hoje decorre de um movimento natural de um estado democrático de direito que preserva a soberania dos direitos humanos, voltado para garantir condições mínimas para uma vida digna.

Assim, a partir do momento que concebemos a ideia dos princípios que regem a vida humana serem baseados em valores e opções políticas, por consequência, estes princípios terão sua predominância no texto constitucional, de modo a espalhar sua força por todo o sistema normativo.

Comprovando o alegado, a situação em tela que seria tipicamente de direito condominial e imobiliário, ramo do direito civil, esbarra em dois princípios fundamentais e sociais, alocados na Constituição Federal. De um lado, temos o exercício da propriedade em sua plenitude nos moldes do Direito Civil contemporâneo. De outro lado, de forma reflexa, a garantia do Direito, também, fundamental: o de expressão.

Eis que o sopesamento torna-se inescapável entre o Direito ao exercício pleno dos poderes da propriedade e a não mutilação ao exercício do Direito a livre expressão.

Não obstante, conforme já mencionado, uma vez que o direito de propriedade não é absoluto, deve ser exercido de modo a não ferir a função social da edificação onde já está instalado o condomínio.

Somando-se a isso, para que a função social seja preenchida de forma plena, seu exercício não poderá permitir qualquer ato de utilização não útil ou que venha a prejudicar terceiros.

Ao passo que, vale ser lembrado, quando da aquisição, o adquirente tem a possibilidade de autodeterminação para a compra ou não do bem conforme for seu interesse na sua destinação.

Ao meu sentir, neste conflito de Direitos fundamentais, a propriedade é mais forte do que a livre expressão representada pela maior flexibilidade na alteração da destinação.

Fato que a nova norma foi posta e deve ser respeitada por todos, porém, não impede que haja discussões, debates e estudo para sabermos se outros aplicadores do direito irão defender a mesma tese.

Bibliografia.

CHAVES Cristiano de Farias, ROSENVALD Nelson . Curso de direito civil: parte geral e LINDB . 20° ed.. ver. ampl. e atual.. Salvador: Ed. Juspodivm, 2022.

LIMA, A. Abuso de direito. Revista Forence.

MARTINS, P.B. O abuso de direito e o ato ilícito.

MARTINS COSTA, Judith. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2022.

MARCON, G. B. A História da Migração do Campo para as Cidades do Brasil do século XX. Disponível em: <www.administradores.com.br>. Acesso em: 11 set. 2017.

RAISER. L. Il futuro del dititto privato. Il Compito del Diritto Privado.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo. Questões controvertidas do novo Código Civil. São Paulo: Método; 2003.

SCAVONE Luiz Antonio Junior. Direito Imobiliário: teoria e prática. 15, ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TARTUCE Flavio. Manual de direito civil: volume único . 8. Ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2028. P. 23.

David Gomes

Advogado mestrado pela Fadisp e especialista em Direito Imobiliário pela EPD.
Consultor de diversos condomínios, construtoras e loteadoras. Desenvolvedor do @gomesdavidp e de diversos cursos.