

Condomínio de Fato ou Irregular: Legitimidade da Cobrança da Contribuição pela Associação de Moradores

Guilherme Magalhães Martins

Membro do Ministério Público/RJ. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Candido Mendes e da EMERJ.

1. SITUAÇÃO GERAL DO TEMA. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS AO RECONHECIMENTO DO CONDOMÍNIO DE FATO

Surgem, nos dias de hoje, situações que, cada vez mais, reclamam a intervenção do poder público, ao mesmo tempo em que o Estado se ausenta na sua obrigação de proporcionar segurança aos cidadãos, o que se soma à insuficiência na prestação de outros serviços públicos, em especial higiene, abastecimento de água e conservação de vias e logradouros públicos de uso comum do povo.

Para a instituição do condomínio de fato, tem-se recorrido à associação civil de moradores, oriunda da autonomia da vontade, obtendo tal figura cada vez mais, maior reconhecimento jurisprudencial para atender ao interesse da coletividade¹.

¹ SOARES, Danielle Macedo. *Condomínio de fato; incidência do princípio da autonomia privada nas relações jurídicas reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 82: "A insuficiência do poder público quanto às questões de segurança,

A expressão loteamento fechado dá uma primeira idéia de como esse condomínio fechado se forma; é dentro de um loteamento², pois as vias de acesso são logradouros públicos, mas que é fechado³, no sentido de que os moradores controlam tais acessos, nem sempre de forma legal, mas que tem alguma eficácia.

Ocorre uma espécie de fusão entre o loteamento e o condomínio edilício, diante do que a doutrina atribui ao condomínio de fato uma natureza jurídica híbrida e dúplice.⁴

Segundo a doutrina mais abalizada sobre o tema, no condomínio de fato não há propriamente comunhão incidente sobre direi-

higiene, abastecimento de água, conservação de vias e logradouros públicos de uso comum do povo, levou os proprietários de lotes individuais a se agruparem informalmente, de modo a comportarem-se como condôminos, sem que houvesse uma efetiva relação condominial. Esses proprietários, através de associações, denominadas condomínios de adesão, ou irregulares ou de fato, elegiam a pessoa de um administrador, para que tomasse frente face às suas necessidades, e desse modo contratavam serviços de terceiros para suprir a deficiência provocada pelo ente público. Na realidade, o que a coletividade fez foi criar um mecanismo voltado a preencher esta omissão, sem se preocupar com os moldes impostos pelo legislador".

²O loteamento, ensina Wilson de Souza Campos Batalha, "é uma operação de facto, que se utiliza dos dados técnicos da agrimensura. Consiste em dividir área ou gleba em tantas outras porções autônomas, com possibilidade de vida própria. Ao partir ou dividir certa extensão territorial em lotes, na esfera dos factos, deve-se ter em vista a viabilidade desses lotes, a possibilidade de sua existência autônoma, precipuamente no que tange às vias de comunicação(...) Realizado esse loteamento de facto, com os requisitos acima, é necessário, para os efeitos do Decreto-lei n.º 58 e do Decreto n.º 3.079, que o mesmo se revista de caráter jurídico, mediante o preenchimento de uma série de requisitos legais e conseqüente inscrição no registro imobiliário. Destarte, a operação de facto, orientada pelos requisitos técnicos de agrimensura, se converte em operação jurídica, atendidas as exigências legais e regulamentares". BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Loteamentos e condomínios**, t. 1. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 235-238.

³O condomínio de fato ou irregular não se confunde com o loteamento fechado, estabelecido, segundo Marco Aurélio S. Viana, na forma da Lei n.º 6.766/79, embora ambos possam ou não apresentar algumas características comuns, dentre as quais: " a) o proprietário de lote goza do direito de propriedade como todo e qualquer titular do domínio sobre lote integrante de parcelamento tradicional, conhecendo, contudo, algumas restrições: 1a) toda a gleba é cercada ou murada em seu perímetro; 2a) o acesso é feito por um único local, como regra, mas nada impede que haja mais de um, havendo sempre portaria ou portão, com porteiro, estando o acesso submetido a identificação prévia; 3a) as ruas, praças, vias de comunicação e outros logradouros ou espaços livres têm seu uso limitado aos proprietários dos lotes, mediante permissão ou concessão de uso, outorgado pelo Município; 4a) as vias de comunicação, praças e espaços livres do parcelamento continuam sendo propriedade do Município, alterando-se apenas o direito de uso, que é retirado da coletividade e assegurado somente aos moradores do local. Estabelece-se uma comunhão relativamente ao uso; 5a) há domínio comum sobre determinados bens, tais como a cerca, alambrado ou muro que cerca o loteamento; a portaria, quadras de esporte, piscina, enfim, serviços e coisas que pertencem a todos; 6a) necessária a manutenção e conservação das vias de comunicação, praças e espaços livres, quando o próprio Município não se incumba disso; 7a) o mesmo ocorre com relação à manutenção de uma portaria, de um serviço de vigilância e segurança, além daquele pertinente aos serviços e partes comuns(...) 8a) finalmente, reclama-se uma administração, que se incumbirá das tarefas afetas ao funcionamento interno do loteamento, da gestão do dinheiro necessário à manutenção e conservação das partes comuns, serviços e outros necessários à vida do loteamento". No entanto, a principal distinção entre o loteamento fechado e o loteamento tradicional se refere ao fato de o uso das vias de circulação, praças e outros logradouros e espaços livres ficar assegurado apenas aos proprietários e moradores. VIANA, Marco Aurélio S. **Loteamento fechado e loteamento tradicional**. Rio de Janeiro: AIDE, 1991, p. 55-56 e 29.

⁴SOARES, Danielle Macedo, op.cit., p. 83.

tos reais. Tem-se aí uma espécie de loteamento, com propriedades individuais, e uma situação fática de aparência condominial.⁵

Para Danielle Macedo Soares⁶, o condomínio de fato possui natureza jurídica híbrida, pois apresenta ao mesmo tempo características do direito obrigacional e do direito real.

Proprietários de lotes individuais se agrupam informalmente, comportando-se como condôminos, sem que haja uma efetiva relação condominial. Associações denominadas condomínio de adesão, irregular ou de fato, elegem a figura de um administrador, que tome frente às suas necessidades, assim contratando serviços de terceiros para suprir a deficiência provocada pelo ente público.

O condomínio de fato surgiu da necessidade de alguns proprietários ou moradores de um determinado logradouro suprirem os serviços que deveriam ser prestados pelo ente público ou fornecidos de modo insatisfatório, como segurança pública, distribuição de água, recolhimento de lixo e outros serviços cujo suprimento demande uma organização e participação coletiva dos interessados.

Para a corrente contrária, não é possível privatizar o logradouro ou o espaço público e tampouco os serviços públicos, salvo mediante concessão, cessão de uso ou permissão, o que impediria a edição de atos como o Decreto n.º 1.168, de 8 de março de 1996, instituído pelo Município do Rio de Janeiro, que assim reza, em seus artigos 1.º e 2.º:

" Art. 1.º As Secretarias Municipais de Obras e Serviços Públicos e Urbanismo, mediante juízo discricionário de seus órgãos competentes, poderão autorizar a instalação de guaritas e traves basculantes em logradouros públicos de uso estritamente residencial. Parágrafo único A autorização, quando for deferida, sempre o será a título precário, mediante requerimento que se faça acompanhar de deliberação de, no mínimo, 3/4 dos usuários dos imóveis atingidos pela eventual aposição de equipamentos no logradouro público.

⁵ MATTIETTO, Leonardo. "Convenção de condomínio não registrada (Súmula n.º 260 do Superior Tribunal de Justiça)". *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 9, jan./mar. 2002, p. 225.

⁶ Op. cit., p. 83: "A natureza dúplice atribuída ao condomínio de fato se dá devida (*sic*) a (*sic*) fusão de dois institutos tradicionais, o loteamento e o condomínio horizontal, que dão origem a essa nova modalidade".

Art. 2º A autorização de que trata o artigo anterior fica condicionada à prévia audiência dos órgãos municipais interessados, bem como da associação de moradores do bairro, se houver."

Da mesma forma, para os defensores de tal entendimento, não se pode travestir o loteamento em condomínio; a equiparação entre ambas as figuras, segundo defendido pelo Min. Ari Pargendler no julgamento do Recurso Especial nº 444.931-SP, constituiria uma mera ficção jurídica, destinada a legitimar a representatividade da associação perante os proprietários não associados.⁷

A ementa daquele acórdão(3ª turma, Resp.444.931-SP, j.12.08.03) é a seguinte:

"O proprietário de lote não está obrigado a concorrer para o custeio de serviços prestados por associação de moradores, se não os solicitou".

Porém, o principal argumento dos opositores do condomínio de fato ou loteamento fechado reside no princípio constitucional da liberdade associativa, o que desobriga qualquer pessoa de pertenc-

⁷ Ambos os argumentos acima são defendidos pelo advogado paulista Nelson Kojranski : "Posição radical de ampla receptividade sustenta que basta o fato de ser proprietário de lote, para que seja obrigado a arcar com as despesas de manutenção. A simples equiparação de 'condômino' a 'proprietário', na falta de regulamentação legal própria, nem sempre é admissível. O princípio da igualdade repele, em face dos 'loteamentos fechados', que todos sejam tratados cegamente iguais. Enquanto no condomínio edilício, as despesas de condomínio derivam de uma convenção na qual basta a indicação dos percentuais de rateio, exatamente por inexistir outras diferenças entre os condôminos, essa 'igualdade' não ocorre com os proprietários de lotes". E prossegue : "Pode-se, portanto, afirmar com segurança que não se pode travestir o 'loteamento' em 'condomínio'. A legislação condominial, de ordem substantiva, não tem como lhe possa ser ajustada, e, muito menos, ser aplicada. E (sic), com maior razão considerar a taxa de conservação como revestida de obrigação de natureza *propter rem*. Mesmo porque, (sic) até a constitucionalidade da concessão de direito real de uso é de legalidade questionável, por se tratar de um patrimônio público, que é bem de uso comum do povo. E é questionável porque a concessão municipal contraria o artigo 17 da Lei nº 6766/79 (que proíbe a alteração da destinação das vias públicas) e o artigo 180, V, da Constituição do Estado de São Paulo, no mesmo sentido, ambas hierarquicamente superiores". Cf. KOJRANSKI, Nelson. "A falta de previsão legal do 'loteamento fechado' e suas conseqüências". **Revista do Advogado**. São Paulo, nº 90, p.117-119, mar. 2007. Porém, como adverte Danielle Machado Soares, op.cit., p.93, a instauração do condomínio de fato ou irregular pressupõe um exame rigoroso da situação, a fim de avaliar o real interesse da coletividade, para que não haja desfalque do patrimônio público, em relação às ruas, praças e demais espaços públicos. Nas suas palavras, "o passo seguinte seria a desafetação do bem. Uma vez desafetado poderia ser incorporado ao domínio privado. A regra da administração é de que haja uma licitação, só que para a hipótese se torna dispensável tal procedimento, tendo em vista que envolve situações com destinatários certos onde a competição é descabida. Concluímos, portanto, que existe uma possibilidade legal do (sic) Município autorizar o uso das vias de circulação e das praças aos proprietários por meio de dois institutos do Direito Administrativo que são: a permissão ou a concessão de uso".

cer ou se manter dentro de uma associação (Constituição da República, art. 5º, XX); mais ainda, ninguém é obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Vera Jacob de Fradera considera os condomínios de fato como manifestação da chamada *feudalização do direito privado*, de modo que:

"(...)o indivíduo dotado de uma mínima auto-suficiência perante o Estado busca desvencilhar-se da sua tutela, criando ele mesmo estruturas e mecanismos aptos a dar-lhe segurança, bem-estar, saúde, garantias para a velhice etc. Tal tendência pode ser observada pela mera observação das comunidades que vivem em condomínios de luxo, com segurança privada vinte e quatro horas por dia, prescindindo da proteção oferecida pelo Estado, esta, na maior parte das vezes, quase precária".⁸

Em seguida, serão examinados os argumentos favoráveis ao pleno reconhecimento do condomínio de fato.

Em primeiro lugar, merece ser destacada orientação que resultou na Súmula 260 do Superior Tribunal de Justiça: "a convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos".

Logo, apesar da ausência de expressa previsão normativa, não se pode afirmar seja o registro da convenção requisito de existência e validade do condomínio, não figurando sequer como condição da eficácia daquele ato-regra perante os condôminos.⁹

Parte dos autores favoráveis ao reconhecimento do condomínio de fato considera a respectiva contribuição como obrigação *propter rem*, "desde que as restrições e obrigações impostas pelo loteador estejam inscritas nas condições gerais do loteamento, te-

⁸ O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 549.

⁹ MATTIETTO, Leonardo, op. cit., p. 227.

nam sido levadas a registro e sejam aceitas pelo comprador no ato da compra¹⁰.

A doutrina alude ainda a um comportamento social típico por parte do morador do condomínio atípico ou de fato, a partir da aceitação dos serviços que lhe são oferecidos e aos quais adere, sendo-lhe exigível a respectiva contribuição.¹¹

No caso, utilizando a lição de Enzo Roppo, "a vontade de aceitar não é expressa, mas resulta implicitamente e de forma, digamos, operativa, da atitude e da actividade do sujeito"¹².

Já para uma segunda corrente, sustenta-se a eficácia dessa associação e do compromisso assumido, não como obrigação *propter rem*, mas como decorrência das limitações do direito de propriedade, condicionando o seu uso ao interesse coletivo e ainda à condenação quase universal do locupletamento à custa do empobrecimento alheio.¹³

¹⁰ CASTRO, Flávia Viveiros de. "Obrigações *propter rem* e condomínios atípicos". *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 799, p. 75, maio 2002.

¹¹ *Ibidem*, p. 72: "Assim, o proprietário de lote ou construção que não ingressa na associação de moradores, mas que deixa seu lixo ensacado à porta de casa para ser retirado pelo funcionário da associação, permite a instalação de interfone em sua residência para comunicação com a portaria, usa o serviço de varredura da rua, feito por empregados pagos pela associação, usa o adesivo que identifica os carros dos moradores, requer que os seguranças contratados verifiquem as pessoas que se dirigem à sua moradia e não apresenta qualquer obstáculo ou crítica às regras de convivência do local desenvolve comportamento típico, a permitir que se infira sua tácita vinculação ao condomínio ou associação".

¹² **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 94. Para Karl Larenz, os chamados atos concludentes decorrem de "uma conduta que, de acordo com as circunstâncias, possa ser interpretada pela outra parte como expressão do consentimento (...) Tais atos concludentes ocorrem, por exemplo, quando o vendedor entrega sem palavras a coisa desejada (...)". LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. T. 1. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1958, p. 86.

¹³ O desembargador Severiano Inácio de Aragão, em obra específica sobre o tema (**Regime jurídico do condomínio fechado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.11), defende a legitimidade da cobrança, concluindo: "1) Entendemos que é perfeitamente possível, à luz da doutrina, e com espeque no art. 8º da Lei nº 4.591/64, a adoção do regime condominial especial (horizontal) aos chamados conjuntos, loteamentos ou condomínios fechados (...) 2) Não havendo convenção e engajamento ao regime supra, passa o conjunto habitacional ao regime comum da lei civil, permitindo as considerações e abordagens alinhadas em ordem a solucionar dúvidas, partindo-se da presunção de adesão implícita ao estatuto associativo, pois, carente o loteamento fechado de serviços suplementares de infra-estrutura e regular funcionamento, a ninguém é lícito adquirir unidade favorecida necessariamente pelos benefícios proporcionados, sem os ônus dessa fruição, pena de se endeusar o enriquecimento ilícito. Partindo desta colocação técnica, afirmamos, tal como acontece no condomínio clássico e horizontal, a imperatividade do *an debeat*, da exigibilidade das taxas de manutenção e custeio, tolerando-se num certo grau a discussão da formação dos valores a ratear do *quantum debeat*. Afirmamos, conseqüentemente, e em tese, que, regido o loteamento fechado pelos princípios associativos, pode a maioria cobrar compulsoriamente as cotas de rateio e, quiçá, excluir judicialmente o associado discordante (...) A ressalva óbvia é a de que estamos cogitando não de loteamentos abertos ou associações de bairros, onde até a CF pode ser invocada, pela faculdade de não-associação; *in casu*, trabalhamos com a hipótese de conjunto residencial ou loteamento fechado, com serviços e utilidades permanentemente prestados à comunidade,

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da uniformização de jurisprudência n.º 2004.018.00012, ocorrido em 4 de abril de 2005, editou a Súmula n.º 79, em cujos termos

"em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorram para o custeio dos serviços por elas efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade".

Tal enunciado, ao acolher a tese do enriquecimento sem causa, foi fortemente influenciado pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, em especial o Recurso Especial n.º 169.997-RS, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, cuja fundamentação se baseia na circunstância de que a conservação, manutenção e segurança do loteamento ou condomínio de fato beneficia a todos que ali residem, de modo que:

"a desobrigação do condômino de contribuir para as despesas comuns levará a duas situações indesejáveis: lançará à conta dos demais a sua cota, o que é injusto, e prejudicará a conservação dos prédios, o que é socialmente inconveniente".

No mesmo sentido, o Recurso Especial n.º 139.952/RJ, da 3ª turma, que teve como relator o Ministro Waldemar Zveiter, com a seguinte ementa:

"CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. COTAS CONDOMINIAIS. CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO NÃO REGISTRADA. LOTEAMENTO. CONDOMÍNIO HORIZONTAL. (...) Um condomínio, ainda que atípico, caracteriza uma comunhão e não se afigura justo, nem jurídico, em tal circunstância, que um participante, aproveitando-se do 'esforço' dessa comunhão e

a cujo custeio deve estar vinculado todo e qualquer titular da unidade(...) Caberá ao Judiciário desconstituir e punir eventual tentativa do fabrico de "associações ou condomínios espúrios", onde, v.g., uma célula de espertalhões queira extorquir obulos-cota da comunidade fechada" (g.n.).

beneficiando-se dos serviços e das benfeitorias realizadas e suportadas pelos outros condôminos, dela não participe contributivamente" (D.J. 19.4.99, j.23.2.99).

O enriquecimento sem causa (Código Civil, art. 884-886), eleito pela jurisprudência como o fundamento de eficácia do condomínio de fato, abrange tanto os direitos obrigacionais como os direitos reais¹⁴, cuja linha divisória, por vezes, se mostra um tanto tênue.¹⁵

Logo, como bem destacado por Leonardo Mattietto, a oponibilidade a terceiros pode conferir eficácia real a certas regras de organização dos grupos sociais, pois "o esquema simples e tradicional que separa os direitos reais e os direitos obrigacionais revela-se, na contemporaneidade, um esquema pobre, incapaz de explicar todas as formas de utilização dos bens que emergem da vida social".¹⁶

Conclui Pietro Perlingieri, portanto, que "o mesmo interesse pode ser satisfeito com situações diversas, creditórias ou reais. Todavia, a diversidade de situação incide sobre a qualidade e sobre a intensidade de tutela".¹⁷

¹⁴ Tal conclusão é reforçada por Jorge Americano: "O instituto da propriedade é temperado, na rigidez das suas conseqüências, pelas regras da eqüidade, para evitar o accrescimento injustificado de um património á custa do outro. A lei não formula uma *theoria* do locupletamento porque prefere declarar, caso por caso, essa iligitimidade, para d'ahi tirar conseqüências a bem da protecção devida ao património diminuído" Cf. AMERICANO, Jorge. **Ensaio sobre o enriquecimento sem causa**. São Paulo: Livraria Academica Saraiva, 1933, p. 65. Dentre as possíveis aplicações do princípio do enriquecimento sem causa em matéria de direitos reais, o autor menciona, à luz do Código Civil de 1916, as hipóteses da construção e plantação em imóvel alheio, além da solução dada pelo legislador à especificação, confusão, comistão e adjunção, embora mencione, à luz do ordenamento então vigente, inexistir uma teoria do enriquecimento sem causa.

Trata-se, no caso, mencionando expressão utilizada por Antunes Varela, de vantagem patrimonial obtida à custa de outrem - "por ser obtida com meios ou instrumentos pertencentes a outrem". E prossegue: "(...) os direitos reais, bem como a propriedade intelectual (direitos de autor e propriedade industrial), não constituem *simples direitos de exclusão*, assentes sobre o dever geral de não ingerência (de terceiros) na ligação do titular com a *res*, a obra, a patente, invento etc. Mais do que isso, os direitos reais e direitos absolutos afins *reservam* para o respectivo titular o aproveitamento econômico dos bens correspondentes, expresso nas vantagens provenientes do seu uso, fruição, consumo ou alienação (...) A pessoa que, intrometendo-se nos bens jurídicos alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na à custa do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a realizar os actos donde a vantagem procede. A aquisição feita pelo intrometido *carece de causa* porque, segundo a tal correcta ordenação jurídica dos bens, a *vantagem patrimonial alcançada pelo enriquecido pertence a outra pessoa - ao titular do direito*". VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. V. I. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 479-480.

¹⁵ MATTIETTO, Leonardo. "Associação de moradores, condomínio de fato e cobrança de contribuições". **Revista Jurídica**. São Paulo, v. 53, ago. 2005, p. 77.

¹⁶ "Convenção...", op. cit., p. 226.

¹⁷ **Perfis do Direito Civil**; Uma introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 206. Isso decorre da disciplina unitária, ainda que não sistemática, das situações subjetivas

Uma posição intermediária na doutrina, adotada por João Batista Lopes, admite ser "inafastável o dever de participação e rateio das despesas comuns, desde que a associação traduza a vontade da maioria e seja regularmente constituída", justificando-se a cobrança, independentemente de regra expressa, sob pena de enriquecimento sem causa.¹⁸

Porém, discordamos da afirmação, feita pelo mesmo autor, no sentido de que "não é admissível, por simples vontade dos proprietários de lotes e sem observância da lei, converter o loteamento em condomínio em edifícios"¹⁹.

Não podem ser negadas a eficácia e relevância jurídica do condomínio de fato apenas com fundamento nos princípios do *numerus clausus* e da tipicidade dos direitos reais.²⁰

Discorrendo sobre a multipropriedade imobiliária, Gustavo Tepedino perquire o significado atual do princípio do *numerus clausus* diante da evolução do direito de propriedade e da autonomia privada:

"Admitindo-se, assim, como disposição imperativa o elenco taxativo de direitos reais concebido pelo legislador, resta ainda aberto um significativo espaço, deixado à autonomia privada neste campo(...). Independentemente da natureza contratual ou real atribuída aos respectivos direitos, certo é que o ordenamento permite o estabelecimento de situações jurídicas com eficácia real, que traduzem normativa convencional, tendo de se sujeitar a um controle de legitimidade sob pena de se estipularem verdadeiros direi-

patrimoniais, como observa o mesmo autor, op. cit., p. 202 : "das situações subjetivas patrimoniais é possível apresentar uma elaboração unitária mesmo que não-sistemática, considerando que ainda deve ser reconstruída uma disciplina comum da relação patrimonial. Esta não pode ser identificada com aquela das obrigações nem com aquela dos direitos reais. *Nenhuma das duas disciplinas constitui, de forma exclusiva, o direito comum das relações e das situações patrimoniais que possa ser concebido como a síntese da disciplina de todas as relações patrimoniais*" (g.n.).

¹⁸ Condomínio. 9. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 197.

¹⁹ Ibidem, p.196. Nas palavras do mesmo autor, ibidem, p.198, "(...)a cobrança dos encargos não pode fundar-se no art. 1.336, I do novo Código Civil, uma vez que não se cuida de condomínio edilício, mas sim no princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa. De qualquer modo, porém, a introdução de inovações exige a concordância da unanimidade dos proprietários dos lotes já que, não existindo condomínio edilício, não há, quanto a esse ponto, como invocar a força das deliberações assembleares".

²⁰ MATTIETTO, Associação..., op. cit., p. 77. Em sentido contrário, a posição de João Batista LOPES, de quem discordamos: "A estrutura rígida do condomínio não permite alteração do modelo adotado pelo legislador, fruto do desenho doutrinário concebido ao longo do tempo".

tos reais atípicos à margem do sistema, sob o manto de denominações tradicionais (...) Nem sempre o Código Civil e as leis especiais se preocupam expressamente com a atividade privada assim levada a cabo, e cujo controle pelo Judiciário, no entanto, é indispensável em razão da tutela constitucional da propriedade e da iniciativa econômica, expressa e enfaticamente ditada pelo Texto de 5 de outubro de 1988, ambas funcionalizadas, por sua vez, aos valores existenciais que regem todo o ordenamento, dispostos como princípios fundamentais da Constituição" (g.n.).²¹

Na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 89, em cujos termos "o disposto nos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo".²²

A incidência das regras sobre condomínio edilício à chamada *urbanização privada*, no direito espanhol, é defendida por Luiz Díez-Picazo e Antonio Gullón, haja vista os elementos comuns entre ambas as figuras.²³

²¹ **Multipropriedade imobiliária.** São Paulo: Saraiva, 1993, p. 84-85. Prossegue: "Examinem-se, em particular, a corroborar o quanto até aqui foi desenvolvido, os contratos ditos de multipropriedade praticados no Brasil: estabelecem-se condomínios ordinários cuja forma é perfeitamente lícita, não ferindo o princípio do *numerus clausus*, mas cujo conteúdo contém cláusulas (sacramentadas pelo registro do título aquisitivo no Registro de Imóveis) de eficácia duvidosa, pelas quais os adquirentes renunciam a direitos e à divisibilidade, criando situação jurídica dificilmente contida no conteúdo típico da função condominial".

²² Na crítica de Pedro Elias Avvad à redação do art. 1.331 do Código Civil, "Se de um lado considerarmos que o legislador perdeu a oportunidade de regular determinadas situações já definitivamente incorporadas ao ordenamento jurídico, como são os condomínios de casas e edifícios que mereciam, no mínimo, alguma referência que os distinguísse como espécie do gênero condomínio, também, não se pode criticar a ausência de registro para alguns fatos jurídicos, ainda não suficientemente amadurecidos para integrar o Código, pela possibilidade, ainda que em tese, de se volatilizarem e se esvaírem antes de se converterem em institutos jurídicos.

Parece, em princípio, que o legislador foi bastante evasivo na conceituação do condomínio edilício o suficiente para abrigar dentro da singela definição que fez desse instituto, se é que aqui, assim, se pode classificar o *caput* do art. 1.331(...) Portanto, se essa orientação for efetivamente seguida pela jurisprudência, estarão acolhidas, no âmbito da lei nova, certas situações jurídicas que clamam por regulamentação. Esse entendimento pode impulsionar a multipropriedade que, talvez assim, acabe por receber o incentivo que lhe falta, e, especialmente, o condomínio de fato, chamado no Enunciado do C.E.J.F. de 'loteamento fechado' que, cada dia mais, necessita de regras firmes que possibilitem o seu desenvolvimento dentro da sociedade.

Certamente, a inclusão desses condomínios atípicos e, ou, fatos jurídicos, dentro da regulamentação geral do condomínio abrirá caminho para futuro reconhecimento de cada um deles, como novo instituto do direito, com regras próprias que permitam sua individualização e desenvolvimento". Cf. AVVAD, Pedro Elias. **Condomínio em edificações no novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 262-263.

²³ **Sistema de Derecho Civil.** V. III. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1998, p. 264 (tradução livre). Trata-se de uma situação análoga ao condomínio de fato, em que uma determinada extensão de terreno é parcelada, criando-se divisões independentes nas quais se edificam vivendas unifamiliares, sem que haja um condomínio edilício formalmente constituído.

Dentre as normas do Código Civil aplicáveis à matéria, merece especial destaque o artigo 1.340: "As despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve".

Caso haja, inclusive no condomínio de fato, serviços ou partes comuns de utilização restrita a um ou alguns condôminos, apenas estes arcarão com as respectivas despesas de conservação e custeio, não sendo tais verbas incluídas no rateio da contribuição dos demais integrantes da associação. Na hipótese, "a causa da obrigação em foco se desloca do fato da titularidade para a efetiva possibilidade de utilização".²⁴

O mesmo pode ser dito acerca das regras sobre a assembléia e a administração do condomínio (arts. 1.347 a 1.356), que poderão ser supletivamente aplicadas, no que couber.

2. PONDERAÇÃO DE INTERESSES NO CONFLITO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

A técnica de ponderação de interesses permite determinar, no caso concreto, qual princípio deve prevalecer, no caso de um conflito entre ambos: de um lado, a vedação do enriquecimento sem causa; do outro, a liberdade de associação.

O objetivo dessa técnica reside na identificação de condições de fato que, à luz do dado normativo, sobretudo constitucional, sejam consideradas relevantes para a solução da colisão de interesses no caso concreto, permitindo ao julgador estabelecer uma regra de prevalência²⁵ que incida não de forma

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil*. V.15. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 268-269.

²⁵ De acordo com a técnica da ponderação, adotada por Robert Alexy, a solução da colisão entre princípios, tendo em vista as circunstâncias do caso, consiste em estabelecer entre aqueles uma relação de precedência condicionada: "A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, levando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente." Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 92. Acerca da distinção entre regras e princípios, transcreve-se a lição de Ronald Dworkin: "A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica(...) As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que a regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a sua decisão(...) Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos

absoluta, mas sim relativa, ou seja, sempre à luz de tais condições.²⁶

Consiste a ponderação, para Luis Roberto Barroso, em um processo pelo qual, por meio de compressões recíprocas, será possível chegar a uma solução adequada, superando a lógica unidirecional do processo de subsunção (premissa maior-premissa menor):

"Será preciso um raciocínio de estrutura diversa, mais complexo, capaz de trabalhar multidirecionalmente, produzindo a regra concreta que vai reger a hipótese a partir de uma síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos. De alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que, na solução

princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um". DWORCKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 e 42.

²⁶ Acerca do procedimento lógico a ser adotado pelo intérprete na técnica de ponderação de interesses, em matéria constitucional, escreve Daniel Sarmiento que " (...) defronta-se o intérprete com a constatação de que determinada hipótese é de fato tutelada por dois princípios constitucionais, que apontam para soluções divergentes.

Neste caso, ele deve, à luz das circunstâncias concretas, impor 'compressões' recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro (...)

Assim, em primeiro lugar, o intérprete terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. Para este mister, ele deve adotar como norte a tábua (*sic*) de valores subjacente à Constituição.

É verdade que as Constituições não costumam conter uma escala rígida de interesses ou valores, não havendo, no sentido técnico, uma hierarquia entre as normas constitucionais. Isto, porém, não significa que a Lei Fundamental empreste a mesma relevância a todos os interesses que se abrigam sob o seu pálio.

(...) no direito brasileiro parece indubitável, por exemplo, que a liberdade individual ostenta, sob o prisma constitucional, um peso genérico superior ao da segurança pública, o que se evidencia diante da leitura dos princípios fundamentais inscritos no art. 1º do texto magno. Isto, no entanto, não significa que em toda e qualquer ponderação entre estes dois interesses, a liberdade deve sempre prevalecer. Pelo contrário, em certas hipóteses em que o grau de comprometimento da segurança da coletividade for bastante elevado, esta poderá se impor em face da liberdade individual, mediante uma ponderação de interesses.

Na verdade, o peso genérico é apenas indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto. Este só pode ser aquilatado em face do problema a ser solucionado. Ele dependerá da intensidade com que estiverem afetados, no caso, os interesses tutelados por cada um dos princípios em confronto.

Assim, o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente(...) Em outras palavras, o julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro; (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico". SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 102-103.

*final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, embora alguma(s) dela(s) venha(m)a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objetivo daquilo que se convencionou denominar técnica da ponderação."*²⁷

A doutrina normalmente descreve a ponderação como um processo dividido em três etapas, com vistas à resolução dos chamados "hard cases" (casos difíceis), em face dos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.

Para Ana Paula de Barcellos, haverá uma primeira fase, em que se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito. Neste momento, "(...)as diversas indicações normativas devem ser agrupadas em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: informações que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo."²⁸

Enquanto a liberdade de associação encontra fundamento no art. 5º, XVII e XX da Constituição Federal, o princípio que veda o enriquecimento sem causa encontra esteio no art. 3º, I da Carta Política, como relevante fator de uma sociedade mais justa e solidária, consagrada, pois, como objetivo fundamental da República.²⁹

Na segunda fase, ocorrerá o exame das circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos, diante do que normalmente se diz que a ponderação depende especialmente do caso concreto e das suas particularidades.

Um critério fático que poderá auxiliar o operador do direito nesta etapa será a já mencionada regra do artigo 1.340 do Código

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. "Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa". *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 65 e 69, out./dez. 2003.

²⁸ Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional; ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 57-59.

²⁹ NEVES, José Roberto de Castro. "O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio do direito civil". In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220.

Civil, em cujos termos as despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve. Se determinado morador não se vale dos serviços de segurança, não pode ser compelido a custeá-los, prevalecendo, no caso concreto, a liberdade de associação.³⁰

Por fim, numa terceira fase (decisão), serão examinados conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa. Além de definir que o grupo de normas deve prevalecer, faz-se necessário decidir quão intensamente aquele e a solução por ele indicada deve preponderar em detrimento dos demais.

Deve prevalecer, no caso, o princípio que condena o enriquecimento sem causa, tendo em vista não somente os benefícios proporcionados pelos serviços prestados aos moradores, como segurança ou limpeza, dentre outros, como também a valorização imobiliária. Como bem observa Danielle Machado Soares, "um imóvel situado em um condomínio, ainda que de fato, tem o seu valor comercial valorizado. O locupletamento vai existir, pois os demais moradores irão arcar com o *status* que a propriedade assumirá em razão do mercado".³¹

A vedação do enriquecimento sem causa encontra esteio ainda no princípio constitucional da solidariedade, a traduzir "a expressão mais profunda da solidariedade que caracteriza a pessoa humana", impondo a todos um dever jurídico de respeito, de âmbito coletivo, cujo objetivo visa beneficiar a sociedade como um todo.³²

³⁰ Danielle Machado Soares, op.cit., p.101, menciona o "caso de um morador de determinada comunidade que, em razão de sua profissão, tem a sua casa guardada como se fosse uma fortaleza, não caracterizando dessa forma a necessidade da segurança oferecida por esse tipo de associação. Na visão deste proprietário, o benefício se daria de modo contrário, eis que devido a (*sic*) sua condição, estaria ele indiretamente oferecendo segurança aos demais associados".

³¹ Idem

³² MORAES, Maria Celina Bodin. "O princípio da solidariedade". In: PEREIRA, Antonio Celso Alves; MELLO, Celso de Albuquerque. **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 542 e 549. Prossegue a autora: "(...) basta examinar o prototípico direito subjetivo, a propriedade. No cenário solidarista, deixou ela de ser definida como o espaço, externamente delimitado, no âmbito do qual o proprietário teria ampla liberdade para desenvolver suas atividades e para a emanção da senhoria sobre o seu bem. A renovada compreensão do instituto atribui a determinação do seu conteúdo para o âmbito da concreta relação jurídica, observados os centros de interesse extraproprietários e a exigência de exercício conforme a função social, que se encontra definida pelo texto constitucional".

3. SURGE UMA NOVA CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL?

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça aparentemente vai de encontro ao entendimento pacífico daquela corte, em acórdão da lavra do Min. Humberto Gomes de Barros (Embargos de divergência no Resp. 444.931-SP, 2ª Seção, j. 26.10.2005), em cujos termos o proprietário do imóvel não participante da associação e nem do ato que a instituiu não pode ser responsabilizado pelo pagamento das respectivas taxas de manutenção.³³

Uma leitura mais atenta do acórdão, no entanto, deixa claro que se trata de uma situação isolada e particular, referindo-se ao caso do proprietário que adquiriu o imóvel quando ainda não existia a sociedade, não tendo participado da constituição desta:

"o embargado não participou da constituição da sociedade embargante. Já era proprietário do imóvel, mesmo antes de criada a associação. As deliberações desta, ainda que revertam em prol de todos os moradores do loteamento, não podem ser impostas ao embargado. Ele tinha a faculdade - mais do que isto, o direito constitucional - de associar-se ou não. E não o fez. Assim não pode ser atingido no rateio das despesas de manutenção do loteamento, decididas e implementadas pela associação".

Porém, um outro acórdão, ainda mais recente, relatado pelo Ministro Carlos Alberto Direito, no Recurso Especial nº 623.274-RJ, modificou o panorama da discussão, trazendo controvérsia à orientação daquela corte acerca da matéria, ao estabelecer que não basta, para a cobrança, que a associação de moradores exista formalmente, devendo-se observar o disposto no art. 8º da Lei nº 4.591/64.³⁴

³³ A ementa é a seguinte: "EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXAS DE MANUTENÇÃO DO LOTEAMENTO. IMPOSIÇÃO A QUEM NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. As taxas de manutenção criadas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo". Porém, segundo o voto vencido do Ministro Fernando Gonçalves, "o proprietário de unidade em loteamento está obrigado a concorrer no rateio das despesas de melhoramentos que beneficiam a todos, ainda que não faça parte da associação, dado que, além de usufruir das benfeitorias comuns e dos serviços prestados e custeados pelos vizinhos, tem valorizado o seu patrimônio".

³⁴ "Art. 8º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador ou cessionário deste ou promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte: a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a

Segundo a ementa deste mesmo acórdão, "Nada impede que os moradores de determinado loteamento constituam condomínio, mas deve ser obedecido o que dispõe o artigo 8º da Lei nº 4.591/64. No caso, isso não ocorreu, sendo a autora sociedade civil e os estatutos sociais obrigando apenas aqueles que o subscreveram ou foram posteriormente admitidos".

O voto do relator nega a existência do condomínio, verificando tão-somente a existência de uma associação civil sem fins lucrativos, que não poderia ser equiparada à comunhão de direito:

"O que me parece relevante para julgar a matéria é examinar a natureza jurídica da associação autora. É que, na verdade, não se trata de condomínio, mas de uma associação civil sem fins lucrativos, e a pretensão é equiparar esse tipo de associação com os condomínios para efeito de autorizar-se a cobrança de quotas. Vê-se do documento juntado aos autos com a inicial que foi constituída uma Associação de Proprietários e Moradores do Vale do Eldorado, sociedade civil sem fins lucrativos, estabelecendo o art. 2º dos estatutos que 'a Associação (...) congregará todos os proprietários e moradores das residências que constituem o núcleo denominado 'ELDORADO e PAL nº - que subscreverem o presente, ou forem admitidos posteriormente, na forma destes Estatutos (fls.10v/11). Quando dispõe sobre os deveres dos associados, estabelece o pagamento de mensalidades (...)

Não há dúvida, portanto, de que se trata de associação de moradores, associação sem fins lucrativos que congrega, na forma de seu estatuto, aqueles que aderirem. Isso quer dizer

parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades;

b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente for reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;

c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;

d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si".

que esse tipo de associação não pode ser considerado um condomínio para os efeitos da Lei 4.591/64. Como associação civil, ela exige a adesão de cada associado, não sendo razoável pressupor-se, de acordo com os próprios estatutos, que automaticamente aqueles que adquirem o lote estão obrigados a se integrar, diferente, portanto, da própria estrutura do condomínio organizado sob o regime da Lei nº 4.591/64.

Assim, admitindo-se possível a vigência do art. 3º do Decreto-Lei nº 271/67, não revogado pela Lei nº 6.766/79, seria necessário que os moradores conviessem na formação do condomínio, cuidando-se de forma atípica, não sendo suficiente que a constituição de uma associação, prevendo alcance apenas daqueles que subscreverem ou que posteriormente aderirem, autorize a cobrança compulsória da taxa condominial".

O acórdão acima, porém, se baseia numa premissa equivocada, qual seja, a equiparação entre o loteamento fechado³⁵, constituído na forma do mencionado art. 8º da Lei nº 4.591/64³⁶,

³⁵ Essa terminologia não chega a ser pacífica na doutrina, pois, para Marco Aurélio S.Viana, op. cit., p. 29, "Fala-se em loteamento fechado, loteamento especial, loteamento em condomínio, loteamento integrado e condomínio deitado. Tais expressões buscam indicar aquela modalidade de aproveitamento do solo que não se subordina ao regime da Lei nº 6.766/79. Sua disciplina genérica está na Lei nº 4.591/64, que regulamenta o condomínio e as incorporações imobiliárias, especialmente o art. 8º. Mas loteamento fechado tem sido o termo escolhido por alguns para indicar o loteamento constituído na forma da Lei nº 6.766/79, por ela regido, mas que se afasta do loteamento tradicional porque as vias de circulação e os logradouros públicos, que passam ao domínio público, têm sua utilização assegurada apenas aos proprietários dos lotes, o que se faz mediante permissão ou concessão de uso. Sugerimos que a expressão loteamento fechado fique reservada para o loteamento aprovado na forma da Lei nº 6.766/79, mas onde o uso das vias de circulação, praças e outros logradouros e espaços livres fica assegurado apenas aos proprietários e moradores".

³⁶ Acerca do tema, vale transcrever o comentário do professor Caio Mário da Silva Pereira ao art. 8º da Lei nº 4.591/64: "Nos últimos tempos, mesmo no regime do Dec. nº 5.481, de 1928, e ao arripio da sua letra, que condicionava a propriedade horizontal ao número de pavimentos e ao material de construção, surgiu a idéia de se fazerem construções em praias, balneários, lugares pitorescos etc., *que os interessados vinculavam ao mesmo sistema*, embora não pudessem invocar a sua tutela. A Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, olhou para o assunto (art.8º) e abraçou na sua disciplina esta modalidade especial de aproveitamento condominial de espaço. Estabeleceu regras específicas para o caso de se levantar *mais de uma edificação em terreno aberto*, ainda que não ocorra a superposição de unidades. Em tais circunstâncias, em relação às unidades autônomas que se constituírem de casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilidade exclusiva, e bem assim a fração ideal sobre a totalidade do terreno e partes comuns, correspondente a cada unidade (art. 8º, alínea a) (...). O princípio jurídico dominante é o mesmo do edifício urbano, guardadas as peculiaridades especiais. Cada titular é o dono da sua unidade e, como se lhe reserva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo (...) *Mas não lhe assiste o direito de dissociar a sua unidade do conjunto condominial nem separá-la da fração ideal que lhe corresponde nesse conjunto*" (g.n.). PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 70-72.

e o condomínio fechado, que possui mera aparência de condomínio.³⁷

Não se confundem o condomínio de fato e o loteamento fechado, pois apenas este último se identifica com a disciplina do art. 8º da Lei nº 4.591/64, que prevê a organização condominial em terrenos não identificados, normalmente através dos condomínios de casas, com ruas internas que funcionam como área comum.

No entanto, a concepção contrária ao reconhecimento da plena eficácia do condomínio de fato desconsidera que por meio de tal figura proporciona-se à propriedade o melhor desempenho da sua função social, pois

*"(...) o que a coletividade vislumbra ao instituir esse modelo de condomínio por adesão é a melhoria da condição de vida dentro do seu perímetro urbano, evitando-se a violência que assola os grandes centros e suprindo-se a carência dos serviços municipais, tais como: fornecimento de água e esgoto, limpezas, pavimentação etc."*³⁸

Como ensina Gustavo Tepedino, a função social manifesta a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, e atuando como critério de valoração no exercício do direito, que deverá ser direcionado para um máximo social. A tutela constitucional da propriedade, para o Professor Titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, estabelece um "direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo pode se definir somente na situação concreta, no momento em que se compatibilizam as várias situações jurídicas constitucionalmente protegidas".³⁹

Assume a função social, para Pietro Perlingieri, um papel de tipo promocional, "no sentido de que a disciplina das formas de pro-

³⁷ SÁ, Antonio Carlos de. "A relação jurídica de direito real e a relação jurídica de direito obrigacional. Obrigação *propter rem*. O condomínio de fato, irregular ou atípico, e a obrigação de rateio das despesas". *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, nº 3, p.105, 2002.

³⁸ SOARES, Danielle Machado, op.cit., p.93.

³⁹ *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 282 e 291.

priedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento".⁴⁰

O objetivo da função social é, portanto, promover formas de aproveitamento dos bens que beneficiem a coletividade, à luz dos valores existenciais e sociais situados no vértice do ordenamento constitucional,⁴¹ como é o caso dos chamados condomínios de fato ou irregulares.

Conclui-se, portanto, que deve ser assegurada plena eficácia à cobrança das despesas para custeio dos serviços decorrentes do condomínio de fato, com fundamento no princípio que veda o enriquecimento sem causa, a incidir indistintamente sobre situações jurídicas de índole real ou pessoal. ☐

⁴⁰ Op. cit., p. 228. Adverte, porém, PERLINGIERI, op. cit., p. 229-230, que "(...) nem o ato administrativo nem aquele negocial dos particulares poderá conter limites à propriedade fora daqueles admitidos pela lei, ora porque lesivos da reserva de lei que caracteriza a propriedade, ora porque não-merecedores de tutela na medida em que são limitativos ou impeditivos da função social ou da acessibilidade a todos da propriedade. Nesta perspectiva, muitos estatutos privados, principalmente em tema de condomínio e multipropriedade, esperam ainda um reexame completo, em termos de validade e de merecimento de tutela. E a esfera de influência da função social é destinada a alargar-se, já que a garantia contida no art. 42 Const. não pode ser circunscrita à propriedade, mas deve interessar toda e qualquer forma de pertinência (*appartenenza*) da riqueza (...)".

⁴¹ TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade...**, op. cit., p. 85.