



Cristiano Ortigão Sampaio Buarque Schiller

**O ABUSO DO DIREITO APLICADO ÀS
DECISÕES ASSEMBLEARES DE
CONDOMÍNIOS EDIFÍCIOS**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em direito para atendimento parcial dos critérios para obtenção do título de Mestre Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica.

Orientador: Carlos Nelson Konder

Rio de Janeiro
Novembro de 2022



Cristiano Ortigão Sampaio Buarque Schiller

**O ABUSO DO DIREITO APLICADO ÀS
DECISÕES ASSEMBLEARES DE
CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada no Programa de Pós-graduação em direito para atendimento parcial dos critérios para obtenção do título de Mestre Profissional em Direito Civil Contemporâneo e Prática Jurídica.

Carlos Nelson Konder

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Pablo Waldemar Renteria

Departamento de Direito – PUC-Rio

Eduardo Nunes de Souza

Departamento de Direito – UERJ

Rio de Janeiro, 11 de novembro de 2022

Todos os direitos reservados. A reprodução, total ou parcial do trabalho, é proibida sem a autorização da universidade, da autora e do orientador.

Cristiano Ortigão Sampaio Buarque Schiller

Graduou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2011). Possui especialização em direito civil-constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2013). É mestre em Construction Law & Dispute Resolution pela King's College London (2015).

Ficha Catalográfica

Schiller, Cristiano Ortigão Sampaio Buarque

O abuso do direito aplicado às decisões assembleares de condomínios edilícios / Cristiano Ortigão Sampaio Buarque Schiller ; orientador: Carlos Nelson Konder. – 2022.

136 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Convenção de condomínio. 3. Controle. 4. Disfuncional. 5. Ilícitude. 6. Merecimento de tutela. I. Konder, Carlos Nelson. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD:340

Para os meus pais, Bernardo e Cristina,
que tornaram isso tudo possível.

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente, ao meu orientador, Prof. Carlos Nelson Konder, cujo apoio acadêmico se iniciou muito antes do início da elaboração desta dissertação e do próprio mestrado. Foi através de seu cuidadoso, humilde e sábio acompanhamento que pude desenvolver adequadamente a dissertação. Foi uma honra contar a orientação de um professor que sempre serviu e continuará servindo como referência acadêmica.

Agradeço, ainda, aos professores Pablo Renteria e Roberta Mauro Medina Maia, que igualmente me acompanharam ao longo da minha jornada acadêmica e tive o privilégio de contar com a análise crítica na banca de defesa de projeto de dissertação. Graças a ambos os professores, pude delimitar adequadamente o meu tema e fazer uso de bibliografia recomendada que muito contribuiu para o aprofundamento do trabalho. Foi um grande privilégio tê-los presentes em mais esse momento acadêmico. Ainda agradeço ao professor Eduardo Nunes de Souza, que não apenas foi fonte bibliográfica indispensável do presente trabalho, como também contribuiu com reflexões e ponderações engrandecedoras quando da arguição da banca de defesa desta dissertação.

Necessário agradecer também aos demais professores e colegas de mestrado, que indiretamente estimularam e contribuíram com discussões de diversos temas que foram abordados na presente dissertação. Uma sorte e alegria ter contado com esse grupo fantástico de colegas e professores.

Esse trabalho também é fruto de consultas e discussões havidas no âmbito profissional, especialmente com o querido e especialíssimo time de direito imobiliário do Campos Mello Advogados, sem as quais esse tema talvez não tivesse nem sido cogitado.

À Louise, presto um especial e carinhoso agradecimento, por estar sempre ao meu lado, revisando a dissertação, debatendo ideias e, mais importante, prestando incondicional apoio neste percurso, repleto de desafios.

Por fim, agradeço a minha família e amigos, cujo apoio irrestrito antes, durante e depois da dissertação são e sempre serão fundamentais para chegar até aqui e ir adiante.

Resumo

Schiller, Cristiano Ortigão Sampaio. **O abuso do direito aplicado às decisões assembleares de condomínios edilícios**. Rio de Janeiro, 2022, 136p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A dissertação estuda a aplicação do instituto do abuso do direito no âmbito do condomínio edilício, buscando estabelecer parâmetros para identificar e controlar o abuso nas decisões assembleares. Para tanto, a dissertação, em seu primeiro capítulo, analisa a natureza jurídica da convenção de condomínio, estabelecendo as premissas de interpretação da convenção e definindo as formas de controle a que estão sujeitas as decisões assembleares, notadamente do instituto do abuso do direito e, subsidiariamente, do merecimento de tutela. Em um segundo capítulo, apresenta análise histórica e conceitual do instituto do abuso do direito no âmbito do condomínio edilício, estabelecendo as premissas conceituais necessárias acerca do instituto para permitir a sua análise no controle do abuso nas decisões assembleares. Ainda neste segundo capítulo, são estudados cada um dos critérios legais do abuso do direito (boa-fé; fim econômico e social; e bons costumes), bem como são apresentados os seus efeitos, ambos levando em consideração as relações condominiais. Por fim, o terceiro capítulo realiza a aplicação de cada um dos critérios legais do abuso do direito em três diferentes hipóteses.

Palavras-chave

Convenção de condomínio; controle; disfuncional; ilicitude; merecimento de tutela.

Abstract

Schiller, Cristiano Ortigão Sampaio. **The abuse of right applied to the assembly decisions of building condominiums**. Rio de Janeiro, 2022, 136p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The dissertation studies the application of the abuse of right institute in the scope of the building condominium, seeking to establish parameters to identify and control the abuse in assembly decisions. Accordingly, the dissertation, in its first chapter, analyzes the legal nature of the condominium agreement, establishing the premises for the interpretation of the agreement and defining the forms of control to which the assembly decisions are subject, notably the institute of abuse of right and, alternatively, the merits of guardianship. In a second chapter, it presents a historical and conceptual analysis of the abuse of rights institute in the context of the building condominium, establishing the necessary conceptual premises about the institute to allow its analysis in the control of abuse in assembly decisions. Still in this second chapter, each of the legal criteria of the abuse of right are studied (good faith; economic and social purpose; and good customs), as well as their effects are presented, both considering condominium relations. Finally, the third chapter performs the application of each of the legal criteria of the abuse of right in three different hypotheses.

Keywords

Condominium convention; control; dysfunctional; illegality; worthiness of protection.

Sumário

Introdução

1. Premissas interpretativas e controle das decisões assembleares

- 1.1. Natureza da convenção de condomínio
- 1.2. Interpretação da convenção de condomínio
- 1.3. Controle das decisões assembleares

2. Caracterização do abuso do direito nas decisões assembleares

- 2.1. Análise histórica e conceitual
- 2.2. Critérios legais
 - 2.2.1. Boa-fé
 - 2.2.2. Fim econômico ou social
 - 2.2.3. Bons costumes
- 2.3. Efeitos

3. Situações de controle do abuso nas decisões assembleares

- 3.1. Decisão assemblear que altera o rateio das quotas condominiais, aumentando a contribuição das unidades de cobertura
- 3.2. Decisão assemblear que altera a destinação de área comum
- 3.3. Decisão assemblear que sanciona condômino antissocial com restrições ao direito de uso e gozo da propriedade

Conclusão

Introdução

Conforme leciona Caio Mario da Silva Pereira, a originalidade e peculiaridade do condomínio edilício vem da fusão dos conceitos de domínio exclusivo e de domínio comum, criando um conceito próprio, não encontrado em nenhum outro tipo de propriedade¹. Por este motivo, os condomínios edilícios são caracterizados pela conjugação de interesses dos condôminos na propriedade exclusiva e na propriedade comum, o que resulta na contraposição de vários desses interesses e, por sua vez, em diversos conflitos que não encontram solução clara e imediata na convenção ou na legislação.

A contraposição de interesses não se limita apenas às áreas comuns, de propriedade de todos os condôminos, mas também às áreas privativas, que a despeito de pertencerem a um ou determinados condôminos, podem afetar interesses que dizem respeito a outros condôminos ou a toda a coletividade que compõe o condomínio edilício. Não se trata de conflito de vizinhança, mas de conflitos entre coproprietários².

Para além da legislação, os direitos e deveres dos condôminos se encontram regulados, primordialmente, na convenção de condomínio. No entanto, a convenção de condomínio não consegue oferecer, de forma imediata, todas as respostas para

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 74.

² Sobre o conceito de vizinhança: "Para que haja "conflito de vizinhança" é sempre necessário que um ato praticado pelo possuidor de um prédio, ou o estado de coisas por êle mantido, vá exercer os seus efeitos sobre o imóvel vizinho, causando prejuízo ao próprio imóvel ou incômodos ao seu morador. Essa "interferência", essa repercussão in alieno, é o elemento fundamental do conflito. O rumor que se propaga, a fumaça que se espalha no ar, a umidade que se infiltra no solo, tudo que atinge um prédio em consequência de um fato, ocorrido em outro, constitui "interferência" e pode motivar a reclamação do proprietário incomodado, dando nascimento, assim, ao conflito.

Não basta porém que se verifique "interferência" num prédio, para a colisão de interesses daí resultante ser chamada "conflito de vizinhança". Esta última expressão tem compreensão mais limitada, abrange espécies mais precisas e menos numerosas, e é essencial lhe fixemos a amplitude, antes de avançar no estudo dos problemas que temos de considerar.

Em primeiro lugar, devem ser excluídos, dentre os "conflitos de vizinhança", os numerosos casos em que as partes dissidentes estão ligadas por um vínculo jurídico especial, segundo o qual terá de ser decidida a questão. O dissídio surgido entre locador e locatário, vizinhos um do outro, tomba geralmente sob o império das normas que regulam a sua situação contratual. Igualmente, se os proprietários de apartamentos vizinhos, em prédio cuja propriedade foi dividida horizontalmente, entram em conflito a propósito da utilização das dependências comuns, são as regras da comunhão estabelecida entre êles que são chamadas a vigorar. Em todos êsses casos, há colisão de direitos, mas não há "conflito de vizinhança". Para BONFANTE, êste é conflito de fato, pois ocorre somente entre prédios cujos proprietários não estão ligados, no tocante à matéria do conflito, por nenhuma especial relação jurídica". (DANTAS, San Tiago. *Conflito de Vizinhança e sua Composição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, pp. 20-21).

os conflitos que surgem no âmbito do condomínio edilício. E mesmo quando regulam de forma expressa determinada questão, há de se avaliar se tal previsão está em conformidade com o ordenamento como um todo, interpretando-a funcionalmente, à luz do contexto geográfico e histórico e conforme o caso concreto.

A convenção de condomínio, por ser oponível a uma coletividade de indivíduos e se prestar a regular uma infinidade de relações de cunho não patrimonial, ligadas, porém, de forma indissociável a um patrimônio, exige uma interpretação diferenciada, pois, diversamente da maior parte dos contratos, vigora por prazo indeterminado e não possui uma prestação a ser cumprida, vinculando não apenas aqueles que celebraram o instrumento, mas todos aqueles que vierem a se tornar ocupantes do condomínio edilício.

A aplicação da convenção de condomínio não basta, porém, ser estruturalmente correta, mas também funcional. Quem faz a aplicação da convenção de condomínio é a assembleia geral, órgão permanente, supremo e indissolúvel, que tem por função representar a vontade dos condôminos. Tal vontade pode ser representada por maioria simples, maioria qualificada ou unanimidade, conforme exija a lei ou conforme esteja a se tratar de direitos que não podem ser modificados sem a concordância do condômino afetado.

Ocorre que a vontade da assembleia geral não é absoluta, estando sujeita a uma análise de legalidade e merecimento de tutela. Não se pode admitir que a maioria possa, por seu livre arbítrio, impor a sua vontade em detrimento dos interesses coletivos, simplesmente porque atingiram o quórum necessário para fazer prevalecer determinada posição jurídica e interesses dessa maioria. É preciso que toda decisão assemblear leve em consideração os valores constitucionais, notadamente da solidariedade e dignidade da pessoa humana – e dos princípios decorrentes –, de modo a verificar se a decisão assemblear cumpre um fim tutelável pelo ordenamento.

Recorre-se, neste caso, à figura do abuso do direito, pois esta se presta a controlar posições jurídicas que, apesar de parecerem lícitas, estão sendo exercidas de forma disfuncional. Não há de se falar em ilicitude propriamente dita, pois não há uma contrariedade à norma legal ou condominial. O abuso do direito é figura jurídica da maior relevância para controlar a aplicação das normas legais e

condominiais nas decisões assembleares, as quais, apesar de formalmente válidas, podem se mostrar ilícitas do ponto de vista material e axiológico.

Não constitui objeto deste trabalho o estudo de atos abusivos praticados pelos próprios condôminos e de disposições da convenção de condomínio que são abusivas em si³. Focar-se-á, pois, apenas em decisões assembleares que são eivadas por abuso do direito.

Ademais, a presente dissertação focará nas relações condominiais residenciais, pois estas são onde mais existem conflitos condominiais, na medida em que se confundem os aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da propriedade condominial.

A dissertação está dividida em três capítulos. O primeiro tratará da sua natureza; das premissas interpretativas que envolvem a convenção de condomínio; e do mecanismo de controle das decisões assembleares. A partir da definição da natureza da convenção, torna-se possível estabelecer as premissas interpretativas da convenção. Conforme será visto adiante, a natureza da convenção de condomínio significa que se trata de um negócio jurídico de características particulares que exige, por sua vez, um tratamento hermenêutico diferenciado. As decisões assembleares serão primariamente analisadas e controladas pelo abuso do direito, conforme as premissas interpretativas antes apresentadas, mas também estarão sujeitas a um controle de merecimento de tutela.

O segundo capítulo trata da caracterização do abuso do direito nas decisões assembleares, abordando o conceito de abuso do direito, seus critérios legais de

³ Conforme explica Judith Martins-Costa, existe uma diferença entre abuso do direito e abusividade: “O primeiro («abuso de direito») diz respeito ao exercício jurídico (Código Civil, art. 187), configurando um exercício desmedido, disfuncional, desviado dos fins a que foi cometida a permissão configurada num direito subjetivo, lato sensu compreendido. (...) Para fins de distinção, diga-se, por ora, apenas que incorre em «abuso» quem exercita de modo inadmissível (porque divorciado dos padrões de licitude que a Ordem jurídica assegura) um direito reconhecido por uma estipulação contratual em si mesma válida e eficaz. Trata-se de um caso de ilicitude no modo (e no momento) do exercício jurídico.

A segunda («abusividade contratual») diz respeito ao conteúdo contratual. Abusiva é a cláusula em si mesma porque ultrapassa aquilo que constitui, segundo a Ordem jurídica, o padrão mínimo do equilíbrio entre as posições contratuais. Manifesta-se a abusividade nos contratos entre desiguais. O repúdio à abusividade, por via da nulidade, consiste, portanto, em «medida compensatória de uma insanável falta de autodeterminação de um dos contraentes”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 420). Na mesma linha, vide a nota 32 da seguinte obra da mesma autora: COSTA, Judith Martins. *Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>. Página 12 do arquivo.

aplicação e efeitos. O primeiro item do capítulo fará uma análise histórica e conceitual do instituto, adentrando seus requisitos. No item intermediário do capítulo, serão analisados cada um dos seus critérios legais: boa-fé; fim econômico ou social; e bons costumes. O último item do capítulo abordará os seus efeitos. Enquanto o primeiro item faz uma análise mais generalista do conceito, abordando diferentes posições jurídicas e apresentando o posicionamento deste trabalho, os demais dois itens farão uma análise que adentrará as relações condominiais.

Por fim, o terceiro capítulo, a fim de dar maior concretude ao conteúdo dos capítulos anteriores, estuda três situações hipotéticas de controle do abuso do direito nas decisões assembleares, a saber: **(i)** decisão assemblear que altera o rateio das quotas condominiais, aumentando a contribuição das unidades de cobertura; **(ii)** decisão assemblear que altera a destinação de área comum; e **(iii)** decisão assemblear que sanciona condômino antissocial com restrições ao direito de uso e gozo da propriedade.

1. Premissas interpretativas e limites das decisões assembleares

Antes de adentrar o estudo do abuso do direito nas decisões assembleares do condomínio edilício, se faz necessário estudar e estabelecer certas premissas interpretativas acerca da convenção de condomínio e das decisões assembleares. Estas últimas derivam dos poderes conferidos pela lei e, subsidiariamente, pela convenção de condomínio. Cabe, assim, estabelecer as premissas de interpretação da convenção condominial, começando pela natureza da convenção.

1.1. Natureza da convenção de condomínio

Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, a necessidade de se estabelecer um “regime harmônico de relações que eliminem ou reduza ao mínimo as zonas de atritos, implicam na instituição de um estatuto disciplinar das relações internas dos condôminos”.⁴ Esse estatuto disciplinar é a convenção de condomínio.

É por meio da convenção de condomínio edilício – e de instrumentos complementares, que têm por objetivo estabelecer regras de convivência mais específicas que a convenção, notadamente o regimento interno⁵ – que os condôminos de propriedades horizontais constituem o regramento que se prestará a reger a vida em comum, impondo os deveres e direitos de cada um dos proprietários e ocupantes desse espaço, bem como de terceiros que possam adentrar ou frequentar o condomínio edilício.⁶

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 99.

⁵ Para Arnaldo Rizzardo, regime interno é “um conjunto de normas de procedimento mais particularizado que rege o condomínio, sobretudo a conduta dos condôminos, suplementando e regulamentando as regras da convenção, devendo, portanto, estar em perfeita sintonia com as mesmas. Considera-se mais propriamente um regulamento da convenção, um instrumento complementar, revelando um caráter mais dinâmico, explicativo e detalhado, e expondo como se realizam as regras gerais da convenção. Está ele para a convenção como o regulamento administrativo está para a lei. Deve concluir a convenção, regulamentá-la, sem com ela conflitar. Ocorrendo divergência, deve predominar a convenção, pois é ele um instrumento complementar.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 113).

⁶ A convenção de condomínio edilício se constitui por testamento ou por ato entre vivos, notadamente a incorporação imobiliária ou escritura de instituição de condomínio edilício, sendo por incorporação imobiliária o ato mais comum. (ABELHA, André. *Abuso do direito no condomínio edilício*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2013, p. 60).

Tal como qualquer norma e contrato, a convenção traz previsibilidade e segurança para os ocupantes presentes e futuros do condomínio edilício. No entanto, diferentemente do contrato, a convenção de condomínio é oponível aos condôminos sem que estes tenham acordado ou concordado os seus termos, de forma a assegurar a “continuidade e perpetuidade das relações jurídicas condominiais, que dependem da estabilidade e segurança jurídica para o seu adequado funcionamento”⁷. Nesse sentido, a convenção de condomínio está mais próxima de uma norma do que de um contrato, conforme se demonstra neste capítulo.

No que concerne a sua aprovação e eficácia, o artigo 1.333 do Código Civil⁸ dispõe que a convenção de condomínio deve ser aprovada por dois terços das frações ideais representativas das unidades autônomas do condomínio, passando a ser oponível aos proprietários e ocupantes a qualquer título. Isso significa que a convenção de condomínio é elaborada e aprovada pela maioria dos condôminos, mas não necessariamente por todos os condôminos. Prevalece a vontade da maioria, representativa da coletividade, conforme fração ideal atribuída a cada apartamento.

No que concerne a sua elaboração, conforme é explorado adiante, a convenção de condomínio, ainda que aprovada pela maioria, em boa parte dos condomínios edilícios, seu teor foi elaborado pela incorporadora imobiliária, sem que haja discussão e participação efetiva dos condôminos. Nesse caso, a convenção de condomínio pode não constituir, efetivamente, expressão da vontade individual de cada condômino.

Nas palavras de Caio Mario da Silva Pereira, a convenção de condomínio seria uma “declaração de vontade plúrima, constitutiva de um ato jurídico complexo”, que “cria a normação de conduta para um agrupamento social reduzido, ditando as regras de comportamento, assegurando direitos e impondo deveres”. Depois de constituída, a convenção passa a ser um “complexo jurídico-normativo, a que não podem escapar as pessoas que se encontrem na situação de integrarem, direta ou indiretamente, o edifício”.⁹

⁷ ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Condomínio Edilício in *Curso de Direito Imobiliário*. Org. Marcus Vinícius Motter Borges. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 506.

⁸ “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.”

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, pp. 102-103.

Ainda que seja declaração de vontade plúrima e produto da vontade dos condôminos, que têm o poder de criá-la e alterá-la, a convenção de condomínio não é instrumento de livre estipulação pelos condôminos, haja vista que a lei impõe aos condôminos diversas normas cogentes. Exemplificativamente, a lei prevê regras cogentes acerca de: (i) quórum de deliberação para alteração do seu teor¹⁰; (ii) quórum para realização de obras¹¹; (iii) quórum para sancionar¹²; (iv) obrigação de contratação de seguro para a edificação¹³, entre outras.

Neste sentido, a propriedade horizontal será regulada, simultaneamente, por disposições cogentes que se originam da lei e por disposições contratuais decorrentes da vontade dos proprietários, conciliando, assim, o “mínimo legal de normas disciplinares com a liberdade de deliberar”¹⁴.

Por este motivo, a convenção de condomínio é tratada ora como contrato, ora como ato normativo, ora como um misto entre os dois.

Pela primeira corrente, contratualista, – a mais antiga e atualmente, minoritária –, defendida por autores clássicos como Orlando Gomes e Serpa Lopes, a convenção condominial teria, conforme o próprio nome da corrente indica, natureza contratual.¹⁵ Tal caracterização é evidente na medida em que a convenção nasce de um acordo de vontades. É negócio jurídico¹⁶ celebrado pela maioria (i.e.,

¹⁰ Neste sentido, vide, por exemplo o art. 1.351 do Código Civil (“Depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção; a mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos”).

¹¹ Neste sentido, vide, por exemplo, o art. 1.341 do Código Civil (“A realização de obras no condomínio depende: I - se voluptuárias, de voto de dois terços dos condôminos; II - se úteis, de voto da maioria dos condôminos) e o art. 1.352 do Código Civil (“A realização de obras, em partes comuns, em acréscimo às já existentes, a fim de lhes facilitar ou aumentar a utilização, depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos, não sendo permitidas construções, nas partes comuns, suscetíveis de prejudicar a utilização, por qualquer dos condôminos, das partes próprias, ou comuns”).

¹² Neste sentido, vide, por exemplo, o art. 1.337 do Código Civil (“O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem”).

¹³ Neste sentido, vide, por exemplo, o art. 1.346 do Código Civil (“É obrigatório o seguro de toda a edificação contra o risco de incêndio ou destruição, total ou parcial.”).

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 100.

¹⁵ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 260 e LOPES, Serpa, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 100.

¹⁶ Se trata de negócio jurídico na medida em que a convenção de condomínio nasce de uma manifestação ou declaração consciente de vontade, ainda que esta declaração de vontade constitua mero ato de adesão a um contrato já formado e existente. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello, “negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fáctico consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação a qual o sistema jurídico faculta às

dois terços) dos condôminos, que, de forma autônoma e voluntária¹⁷, ajusta livremente – respeitadas as exigências legais, notadamente as diversas normas cogentes, acima exemplificadas – os seus termos.

No entanto, diferentemente do contrato que só faz lei entre as partes, a convenção de condomínio se aplica, conforme antes mencionado, a terceiros que venham apenas a adentrar, transitoriamente, o condomínio edilício e que, portanto, jamais subscreveram ou mesmo aderiram à convenção. Justamente por isso, doutrina respeitável já admitia, há muitas décadas, que a natureza contratual não seria suficiente para explicar a oponibilidade da convenção de condomínio a terceiros, daí reconhecendo seu caráter normativo¹⁸.

Pelo exposto no parágrafo acima, desponta-se a segunda corrente, que defende que a convenção de condomínio tem natureza estatutária ou normativa.¹⁹ Isto se dá em virtude do seu conteúdo normativo, ou seja, por sua aptidão para alcançar não apenas aqueles que a celebraram ou a ratificaram em assembleia, mas também todos aqueles que vierem a frequentar o condomínio edilício, tal como locatários, comodatários, convidados e prestadores de serviço. Nesse sentido, a convenção condominial é definida como sendo um ato-regra²⁰, que nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, seria uma “manifestação de vontade dotada de força obrigatória, e apta a pautar um comportamento individual”²¹.

peças, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233).

¹⁷ Cabe notar que os condôminos não são obrigados a celebrarem uma convenção de condomínio em relação a edifícios que não possuam convenção ou, em relação a edificações decorrentes de incorporações imobiliárias, posteriores a Lei nº. 4.591/64, a aprovar nova convenção de condomínio.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 104.

¹⁹ Vide, neste sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 102; CHAVES DE FÁRIA, Cristiano; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Vol. Único*. 5ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 1098; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado: Conforme a Constituição da República – Vol. III*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 696.

²⁰ A definição da convenção como sendo um ato-regra é adotada por outros autores, como CHAVES DE FÁRIA, Cristiano; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Vol. Único*. 5ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 1098; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado: Conforme a Constituição da República – Vol. III*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 696; Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Vol. Único*. 5ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 1098; e KOJRANSKI, Nelson. *Condomínio Edilício. Aspectos Jurídicos Relevantes*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 99.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 105.

O ato-regra possui elementos de lei, mas com ela não se confunde. Embora a convenção seja impositiva mesmo para aqueles que não a subscreveram, o ato-regra se diferencia da lei na medida em que o estatuto ou ato-regra se restringe a uma coletividade determinada.²²

Em virtude de sua natureza normativa, não é permitido a alguém alegar que não aceita a norma regulamentar por não a ter subscreto expressamente ou porque a desconhecia.²³

Essa é a corrente que predomina²⁴ e vigora há muitos anos, conforme já afirmava Caio Mario da Silva Pereira nos anos 60:

Seu fundamento contratualista, outrora admitido, hoje perdeu terreno, porque sua força coercitiva ultrapassa as pessoas que assinaram o instrumento de sua constituição, para abraçar qualquer indivíduo que, por ingressar no agrupamento ou penetrar na esfera jurídica de irradiação das normas particulares, recebe os seus efeitos em caráter permanente ou temporário.

(...)

O caráter normativo da convenção do condomínio é pacificamente reconhecido. Sua força cogente aos condôminos, seus sucessores e sub-rogados, e eventualmente às pessoas que penetram aquele círculo fechado, representado, pelo edifício, é aceita sem relutâncias.²⁵

Parte da doutrina identifica uma terceira corrente, mista, que reconhece ambos os perfis da convenção de condomínio – estatutário-normativo e contratual –, haja vista, conforme já exposto nas duas correntes anteriores, existir o elemento contratual da aprovação da convenção pela maioria dos condôminos, assim como

²² Acerca da diferença entre ato-regra e lei, vide Caio Mario da Silva Pereira: “No primeiro plano do ato-regra está a lei, como expressão de volitiva do grupo social. Mas, no caso de um agrupamento de indivíduos elaborar um complexo de normas de conduta, com caráter cogente e efeito normativo, pode-se dizer que são redigidas *regulae iuris*, com toda a nitidez de normas jurídicas, diferindo entretanto da lei em que esta é um comando geral, enquanto aquelas sujeitam um agrupamento mais reduzido. Outro ponto diferencial está em que a subordinação à lei independe da anuência do subordinado, enquanto que as outras disciplinam o comportamento de quantos voluntariamente integram aquele agrupamento, ou eventualmente se acham na situação peculiar de participação, ainda que momentânea, de uma dada situação. Estas normas são, pois, uma fonte formal de direito, têm força obrigatória e o direito que destarte se constitui é chamado de estatutário, ou corporativo.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 105).

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 101.

²⁴ Rubens Carmo Elias Filho entende ser esse o entendimento prevalecente na doutrina, citando como referência os autores Sílvio de Salvo Venosa, J. Nascimento Franco, Maria Helena Diniz, Biasi Ruggiero, Pontes de Miranda e Wilson de Souza Campos Batalha. (ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Condomínio Edilício*. Aspectos de Direito Material e Processual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98).

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, pp. 104 e 105.

há, após a aprovação, o elemento normativo, que assegura a sua aplicação a todos que frequentem o condomínio edilício.²⁶ Em outras palavras, a convenção possui tanto elementos de contrato como de ato normativo, por firmar deveres e obrigações acordados pelos condôminos que a aprovaram e, simultaneamente, por exigir o cumprimento de normas cogentes específicas por parte não apenas daqueles que a aprovaram, mas por todos que vierem a se relacionar no âmbito do condomínio edilício.

No entanto, é preciso notar que os autores que defendem a corrente estatutária não negam a existência do elemento contratual da convenção de condomínio, mas apenas entendem que o perfil normativo se sobrepõe ao perfil contratual, na medida em que a teoria contratual não seria suficiente para explicar a oponibilidade da convenção perante terceiros estranhos ao contrato e que, portanto, a convenção de condomínio não se trataria, propriamente, de contrato. Por isso, pode se considerar desnecessário separar a corrente normativista da mista, pois a primeira não nega a existência de elementos de contrato, mas apenas entende pela prevalência do elemento estatutário, que a torna diferente de um contrato.²⁷

1.2. Interpretação da convenção de condomínio

Desde a edição da Lei nº. 4.591 de 1964, que rege os condomínios edilícios e as incorporações imobiliárias, o incorporador é obrigado a apresentar a minuta da futura convenção de condomínio para fins de registro do memorial de incorporação do empreendimento imobiliário, lançamento do empreendimento e alienação das unidades autônomas futuras ao público. A convenção de condomínio passou a ser, portanto, obrigatória para todos os novos empreendimentos lançados no país. Caso os condôminos não aprovem uma nova versão da convenção de condomínio,

²⁶ Acerca da terceira corrente, vide ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Condomínio Edilício*. Aspectos de Direito Material e Processual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 101. Reconhecendo que a convenção possui elementos de contrato e de ato normativo, vide, ainda, RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 92 e AVVAD, Pedro Elias. *Condomínio em Edificações no Novo Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 180. Sobre a oponibilidade inclusive para aqueles que penetrem esporadicamente o condomínio edilício, vide RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 645.

²⁷ Para mais detalhes acerca das correntes e entendimentos de outros ordenamentos, vide FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Hermenêutica e aplicação da convenção de condomínio: (propriedade horizontal)*. 2007. 1229 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, item 1.10.2.

entende-se que esta minuta da convenção foi subscrita e aprovada pelos condôminos, sendo, portanto, válida e eficaz.²⁸

Considerando que a convenção de condomínio goza de automática publicidade perante terceiros após o registro imobiliário²⁹, poder-se-ia cogitar que a sua imposição a terceiros adquirentes ou ocupantes do condomínio seria uma opção destes. No entanto, tal qual em contratos de adesão³⁰, os contratantes não têm a liberdade de discutir os seus termos e a adesão em si não implica – nem poderia implicar – na sujeição do aderente a termos iníquos. Muito pelo contrário, esse tipo de contrato, tal qual o de adesão, demanda uma tutela específica, mais protetiva do contratante aderente, pois em ambos os casos o contratante se vê obrigado a aceitar os termos que foram previamente estabelecidos.³¹

²⁸ Acerca da validade e eficácia de minuta de convenção de condomínio, acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás dispôs o seguinte: “Dessa forma, até que se aprove, em definitivo, a convenção condominial, nos moldes do artigo 1.333 do Código Civil, a relação jurídica ali estabelecida é regulamentada pela minuta de convenção do condomínio. Sobre o tema, confira-se os seguintes arestos deste Sodalício e de outros tribunais pátrios: (...). Portanto, tal como consignou o magistrado de primeiro grau, a minuta de convenção do condomínio em “sendo pressuposto legal para o lançamento do empreendimento, valerá até a votação de uma Convenção pelos condôminos”. (TJGO. 4ª Câmara Cível. Relator: Sérgio Mendonça de Araújo. Apelação cível nº 5329947.97.2016.8.09.0051. Julgado em 09/08/2018). A elaboração da minuta de convenção de condomínio pelo incorporador e manutenção dessa minuta de convenção pelos condôminos é outro ponto que é levado em consideração na análise da legalidade da própria norma condominial e das decisões que emanam a partir da interpretação e aplicação dessa norma condominial.

²⁹ Vide parágrafo único do art. 1333 do Código Civil: “Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.”

³⁰ A convenção de condomínio e o contrato de adesão se assemelham na medida em que em ambos não há – via de regra – prévia discussão acerca do conteúdo contratual. No entanto, estes não se confundem, especialmente considerando que o contrato de adesão é tradicionalmente associado aos contratos de massa e consumo, que não é o caso da convenção de condomínio. Não há, por exemplo, na convenção de condomínio, a existência de um credor e um devedor, ou de um aderente e um proponente, tal como ocorre, via de regra, nos contratos de massa e adesão. Conforme explica João Bosco Leopoldino da Fonseca, “o contrato de adesão tem como uma de suas características fundamentais a ausência de discussão preliminar das condições contratuais e, conseqüentemente, a determinação unilateral do conteúdo contratual pela parte economicamente mais forte ou mesmo por um terceiro. A vontade do aderente só aparece posteriormente, para chamar ao mundo da eficácia jurídica aquela manifestação unilateral de vontade.” (Cláusulas abusivas nos contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 36). Adicionalmente, cabe notar que o contrato de adesão “não se constitui em um tipo contratual, mas apenas uma forma pela qual se contrata”, “pelo qual o proponente emite uma declaração de vontade dirigida ao público em geral, na figura de promessa irrevogável, mediante cláusulas preestabelecidas unilateralmente, tendo-se como formado o contrato no momento em que o oblato adere ao conteúdo prefixado, aceitando as cláusulas em sua totalidade, ainda que com eventuais modificações” (ALVES, André Cordelli. Contrato de Adesão. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 46, ano 12, p. 269-296. Abr-jun/2011. Acesso pela RT-online). Vide, ainda, sobre contratos de adesão, GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 128-150.

³¹ No sentido de os contratos de adesão exigirem interpretação diferenciada – fazendo contudo as ressalvas feitas na nota acima de que a convenção não possui partes contrárias, tal qual relações de débito e crédito –, vide ensinamento de Orlando Gomes: “A questão da natureza jurídica do contrato de adesão tem importância prática para sua interpretação. Indaga-se, com efeito, se deve ser

Pode-se afirmar que a convenção de condomínio da maioria dos condomínios edilícios não é, na prática, subscrita pela maioria de seus condôminos, seja porque adquiriram a unidade autônoma após já ter sido aprovada a convenção, seja porque são locatários ou ocupantes a outro título, a quem não cabe a aprovação da convenção. E mesmo aqueles que foram os primeiros adquirentes de unidades autônomas do condomínio edilício resultante de incorporação imobiliária e que subscreveram a convenção de condomínio, provavelmente não discutiram os seus termos, dado que as minutas de convenção de condomínio são apresentadas pelas incorporadoras como requisito para a realização da incorporação imobiliária.

No entanto, para além daqueles condôminos que aderiram à convenção, há de se considerar os visitantes do condomínio, que estão sujeitos ao império da convenção, mas que não têm qualquer oportunidade de tomar ciência dos seus termos previamente ao ingresso no condomínio (e optar por se submeter ou não a estes), o que não seria esperado nem razoável.

Nesse sentido, o aspecto normativo-estatutário que faz da convenção um ato-regra exige do intérprete uma análise mais criteriosa e rigorosa quanto à autonomia das partes para restringir ou criar direitos via convenções condominiais ou deliberações assembleares, sendo que estas últimas serão tomadas com base no que dispõe a convenção, podendo, inclusive, resultar na alteração da própria convenção.

A convenção de condomínio – e decisão assemblear que for tomada com base nesta convenção –, diferentemente de um contrato, não irá obrigar apenas aqueles que convencionaram seus termos e a subscreveram, mas terceiros que terão, compulsoriamente, como visto acima, que se sujeitar aos seus termos, mesmo nunca tendo tido a oportunidade de tomar ciência prévia de seu conteúdo e optado por se subordinar a ela, ou mesmo, já fazendo parte do condomínio edilício, são obrigadas a acatar a decisão assemblear da qual não participaram da deliberação ou que,

interpretado como a lei, ou como o contrato. Tido como expressão do poder normativo das empresas, é óbvio que se lhe não aplicam as regras de interpretação dos contratos. Mas, mesmo que possua natureza contratual, a singularidade da sua estruturação não permite seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes. É de se aceitar, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. (Atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Marino). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 148).

mesmo tendo discordado mediante voto contrário em assembleia, são obrigadas a se sujeitar à decisão da maioria.

O acima exposto não significa que as convenções de condomínio estão sujeitas a um controle do ordenamento a que não estejam os contratos. Não se está a defender que os contratos permitem uma autonomia privada mais ampla que no ato-regra convenção condominial, mas evidenciar que o tratamento concedido aos contratos bilaterais, comutativos e paritários não pode ser o mesmo que aquele concedido às convenções de condomínio.

Os contratos, ainda que bilaterais, comutativos e paritários, não são instrumentos livres de controle normativo e axiológico, em que as partes possuem autonomia ilimitada para decidir os termos do contrato³². Na esteira do artigo 421³³ e do parágrafo único do artigo 2.035³⁴, ambos do Código Civil, a autonomia privada deve atender aos preceitos de ordem pública e função social do contrato. Isso se dá mesmo em contratos paritários e de ordem puramente econômica, na medida em que não existe área do direito livre da incidência dos princípios constitucionais. Isso se aplica a qualquer ato de autonomia privada, seja um contrato bilateral típico, comutativo e paritário ou um ato-regra, tal qual a convenção de condomínio.

Dessa forma, o tratamento hermenêutico que deve ser dado às convenções condominiais, acima referido e diverso daquele dado aos contratos bilaterais, decorre não apenas do fato de serem um ato-regra, mas também por constituírem negócio jurídico plurilateral, cujas peculiaridades “conduzem a efeitos normativos próprios”³⁵, conforme se explica adiante.

³² Conforme ensina Pietro Perlingieri, “superou-se o dogma do caráter sacro e inviolável do poder de autonomia e colocaram-se em evidência os limites à extensão desse poder”. (*Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 277). Nesta linha, Gustavo Tepedino leciona que “a autonomia privada não pode mais ser concebida como direito absoluto, o qual sofreria restrições pontuais por meio de normas de ordem pública. Ao revés, o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República.” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos In *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 404).

³³ “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”

³⁴ “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

³⁵ TEPEDINO, Gustavo (org.), KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; *Fundamentos do Direito Civil*. Volume 3: Contratos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 71.

O fato de a convenção de condomínio envolver múltiplos contratantes, com adesão de novos condôminos ao longo do tempo a um estatuto com termos prefixados, determina o caráter plurilateral do contrato.³⁶

Neste sentido, cabe diferenciar contratos bilaterais e plurilaterais. No contrato bilateral as partes são sempre duas (ainda que uma dessas partes seja plúrima) e determinadas ao longo de toda a duração do contrato, exigindo a concordância da outra parte para que seja feita a cessão de posição contratual. Os contratos plurilaterais, por sua vez, envolvem duas ou mais partes (usualmente mais que duas), que são indeterminadas e variáveis ao longo de sua duração, independentemente, via de regra, de anuência dos demais contratantes. Diferentemente de um contrato bilateral típico no qual as partes contratantes são as mesmas desde o início da formação do negócio jurídico e participaram da sua elaboração, no contrato plurilateral as partes podem ingressar no contrato de forma simultânea, quando da sua formação, ou de forma sucessiva e espaçada no tempo, por adesão através de manifestações unilaterais ao longo da existência do negócio jurídico. A rotatividade dos contratantes é típica dos contratos plurilaterais.³⁷ Também diferentemente de um contrato bilateral típico, em que a alteração do contrato se dá por concordância de todos os contratantes, no contrato plurilateral a alteração do contrato é feita pela maioria, conforme quóruns convencionados ou pelo quórum legal, caso seja um contrato plurilateral tipificado. Por último, de forma diversa de um contrato bilateral, em que as partes estão em lados e interesses contrapostos, nas posições de credor e devedor, com prestações e contraprestações, no contrato plurilateral as partes perseguem um fim comum, sem que haja, de modo geral, contrapartida de obrigações.³⁸

Desta feita, a convenção de condomínio constitui negócio jurídico de caráter plurilateral e móvel, cujas partes estão em constante alteração, independentemente

³⁶ Sobre ser negócio jurídico plurilateral, vide MUÑOZ, X. O'Callaghan. *Compendio de derecho civil: derechos reales e hipotecário*. 3. ed. Madrid: Edersa, 1997. v. 3, p. 221 apud FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Hermenêutica e aplicação da convenção de condomínio: (propriedade horizontal)*. 2007. 1229 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, nota 427.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Vol. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, livro eletrônico.

³⁸ Sobre contratos plurilaterais, vide SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: à luz da noção de contrato plurilateral. *Revista de Direito Privado*. Vol. 21. São Paulo: Revista do Tribunais, p. 223 - 234, Jan.-Mar., 2005. (acesso através da RT-online) e TEPEDINO, Gustavo (org.), KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; *Fundamentos do Direito Civil*. Volume 3: Contratos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 70-72.

da anuência de todos os contratantes, voltado a atingir um fim comum, sem contraprestações entre os condôminos, exigindo maioria simples ou qualificada para a modificação dos seus termos.³⁹

Por ser um ato-regra e negócio jurídico de perfil plurilateral, faz-se necessário um controle axiológico-funcional mais rígido que àquele aplicável aos contratos bilaterais, pois tal natureza e característica resultam em maior alcance em termos de pessoas e de tempo do que os negócios jurídicos bilaterais, conforme acima já pincelado e abaixo aprofundado.

Sobre o aspecto de alcance de pessoas, acima referido, a convenção se dirige a uma comunidade de proprietários, ocupantes e visitantes do condomínio edilício, que apesar de limitada a essas pessoas, são rotativas, por força, respectivamente, de novos proprietários e de ocupantes que permanentemente se alteram, como é natural dos condomínios edilícios. Para além dos condôminos que aderem à convenção e, de certa maneira, tomam a decisão de submeter aos seus termos, todos que vierem a frequentar o condomínio edilício e com ele estabelecerem uma relação jurídica estarão sujeitos à convenção de condomínio, naquilo que for aplicável, ainda que não tenham escolhido se submeter, por adesão, ao império da convenção de condomínio, pois trata-se de consequência natural e inerente do simples ingresso no condomínio edilício, tal como acontece com aqueles que ingressam no condomínio edilício para realizar um serviço ou visitar um ocupante. Daí se falar que a convenção tem um alcance sobre sujeitos indefinidos.

Se vislumbra, nesta situação, uma exceção ao princípio da relatividade dos contratos, por força do qual os efeitos do contrato “se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando a terceiros”, de modo que o seu campo de aplicação comporta apenas as partes⁴⁰. Essa exceção ao princípio da relatividade, por força do qual a convenção se torna oponível a terceiros não contratantes, decorre do registro da convenção de condomínio junto ao competente cartório de registro de imóveis, que dá automática publicidade da convenção perante terceiros. Neste sentido, dispõe o parágrafo único do artigo 1.333 do Código Civil que a oponibilidade da convenção perante terceiros depende do registro no

³⁹ Conforme antes mencionado no item 1 deste capítulo, não se refuta a natureza contratual da convenção, a despeito de se tratar de um ato-regra, razão pela qual se trata, também, de negócio jurídico plurilateral.

⁴⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. (Atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Marino). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 31.

competente cartório de registro de imóveis⁴¹. No entanto, conforme enunciado da súmula 260 do Superior Tribunal de Justiça, esse preceito legal é relativizado pelo entendimento de que “a convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre condôminos”, reforçando ainda mais a oponibilidade da convenção de condomínio aos condôminos, independentemente da publicidade que decorre do seu registro.

Verifica-se, assim, a particularidade do amplo alcance e oponibilidade da convenção de condomínio, tornando-a instrumento diferenciado no mundo jurídico. Isso reforça a necessidade de uma interpretação própria, que leve em consideração esse aspecto. Qualquer interpretação e aplicação da norma condominial que restrinja ou crie direitos deve considerar o escopo de aplicação da norma.

No que concerne ao aspecto temporal, este pode ser dividido em três aspectos associados, diretamente interligados: **(i)** vigência por tempo indeterminado; **(ii)** não extinção do contrato por cumprimento ou inadimplemento, salvo por hipóteses excepcionais; e **(iii)** alteração depende da maioria.

Sobre a vigência por tempo indeterminado, na medida em que a convenção de condomínio não possui prazo de validade – nem está destinada a se extinguir pelo cumprimento ou inadimplemento, conforme será visto a seguir –, os termos contratuais deste negócio jurídico tendem a vigorar inalterados por longos períodos, muitas vezes décadas, perpassando mudanças legislativas e sociais e, por sua vez, jurisprudenciais. Trata-se de contrato de longa duração, mais especificamente, de execução continuada.⁴² O tempo é, portanto, elemento nuclear na interpretação das convenções de condomínio.⁴³

⁴¹ “art. 1.333. (...). Parágrafo único. Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.”

⁴² Sobre breve classificação dos contratos de duração, vide TEPEDINO, Gustavo (org.), KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; *Fundamentos do Direito Civil*. Volume 3: Contratos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 79).

⁴³ “Note-se bem o ponto: os contratos de longa duração não são aqueles que simplesmente duram por muito tempo por conta de uma prestação cujo adimplemento naturalmente ou contratualmente demora (exemplo: um contrato de empreitada). Nos contratos de longa duração em sentido próprio o “tempo é a causa”; o “traço distintivo dos contratos de longa duração é sua função: eles são feitos para durar”. Em tal modalidade contratual, portanto, o interesse não se satisfaz de uma vez só, mas sim dia após dia; seu conteúdo vai se preenchendo ao longo da execução, tendo sempre por base a “transformação do princípio pacta sunt servanda” e a impossibilidade de que a declaração originária dos contratantes seja analisada de maneira “absoluta e estática”, passando a ser vista de maneira dinâmica, destacando-se a relação formada do texto contratual frio. É que, para durar no tempo, como já destacado, é impossível esperar que uma previsão taxativa, estática e parada no tempo possa regular todas as situações futuras e todo o desenvolvimento ulterior da relação formada. Daí que, nesse tipo de contrato, “nem sequer como ilusão a fixidez se pode manter” (RAMOS, Vitor de Paula.

Nesse sentido, a convenção de condomínio pode ser considerada uma relação contratual de longa duração e cativa, pois perdurará enquanto o contratante permanecer no imóvel – que pode ser uma vida toda – e não poderá simplesmente denunciar o contrato, sendo uma das razões pela qual a convenção de condomínio deve ter uma interpretação própria nesse sentido.⁴⁴

Esse aspecto temporal justifica uma interpretação aberta e móvel⁴⁵ da convenção de condomínio, na medida em que a interpretação de um contrato em um dado momento no tempo não pode ser a mesma que em outro momento, após terem ocorrido mudanças sociais, econômicas e legislativas.⁴⁶ Não é possível que as partes antecipem todas as mudanças sociais e vicissitudes que ocorrerão.

Vale notar que pode nem ser do interesse da incorporadora, que elabora a minuta da convenção de condomínio, endereçar todos os possíveis desafios e problemas que virão com o tempo, na medida em que após a alienação completa das unidades autônomas de empreendimento, o incorporador já não possui qualquer

A dependência econômica nos contratos de longa duração. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, p. 17-38, abr./jun. 2019. DOI: 10.33242/rbdc.2019.02.002).

⁴⁴ Fazendo as devidas ressalvas por estar tratando de contratos de prestação de serviço, o seguinte se aplica também à convenção de condomínio: “Nos contratos cativos de longa duração o tempo e o equilíbrio são sopesados de forma ainda mais aguda em razão da catividade na formação do contrato, da perenidade da execução, que se poderia dizer por quase toda uma vida, ou grande parte dela, e pela natureza do objeto, notadamente serviços que, em maior ou menor grau, são essenciais ao desenvolvimento pleno da vida humana na contemporaneidade. (RAMOS, Vitor de Paula. A dependência econômica nos contratos de longa duração. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, p. 17-38, abr./jun. 2019. DOI: 10.33242/rbdc.2019.02.002).

José Tadeu Xavier demonstra a importância do tempo nos contratos cativos ao dizer que “o tempo é um dos elementos nucleares dessa modalidade negocial, pois eles são concebidos para se projetarem para o futuro, estendendo-se por longos períodos”.

A perenidade acaba evidenciando que os contratos cativos sofrerão alterações decorrentes da própria dinâmica da vida (KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. Crise do contrato e a nova teoria contratual. In *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Claudia Lima Marques (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 491-492).

⁴⁵ “Enquanto a abertura significa a qualidade do sistema em ser informado por categorias que se encontram fora de si, a mobilidade significa a flexibilidade para incorporar essas categorias, e com isso se adaptar mais prontamente à mutabilidade dos valores sociais.” (CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 94).

⁴⁶ Acerca da interpretação da norma jurídica no tempo, Karl Larenz já explicava que: “A verdade, porém, é que ‘as preposições jurídicas (só) desenvolvem a força normativa que lhes é inerente quando chegam a ser aplicadas em concreto’. (...) Pelo contrário, ‘a norma jurídica insere-se no tempo histórico. O tempo não está imóvel, e a norma jurídica acompanha-o por assim dizer no seu movimento’. Daqui resulta o seguinte para a interpretação jurídica: a norma jurídica começa por ser criada numa época histórica determinada, e na perspectiva do legislador. (...). A interpretação de uma lei deverá portanto, em primeiro lugar, ‘remontar ao contexto histórico em que foi posta pelo acto criador’; mas isto é apenas o ponto de partida para o processo de interpretação, porque a tarefa seguinte terá que consistir em ‘arrancar por assim dizer a lei da sua relação com a época em que se formou, e projectá-la em pensamento na actualidade’. (...). Assim, a interpretação da lei é um processo contínuo, no qual as ideias expressas na lei são repensadas e desenvolvidas.” (*Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª edição. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp 158-159).

interesse juridicamente relevante nas relações entre os condôminos e na adaptação das normas condominiais aos novos tempos, caso isso seja, em alguma medida, possível.

Acerca da sua extinção, esta só ocorre em limitadas hipóteses, que podem ser simplificadas em três: por destruição do edifício; por desapropriação total do edifício; ou por vontade da totalidade dos condôminos. Desta feita, se trata de um contrato que se prolonga indefinidamente no tempo, ao contrário da maior parte dos contratos, que são marcados pela transitoriedade⁴⁷ e, portanto, destinados a se extinguirem em determinado momento, seja pelo cumprimento ou por outros motivos. Esses outros motivos podem ser divididos, de forma resumida, em três grandes grupos: **(i)** resilição, em que há vontade e prerrogativa unilateral, via denúncia, de extinguir contrato por uma das partes, ou por vontade mútua de ambas as partes; **(ii)** resolução por inadimplemento de uma das partes; e **(iii)** resolução por onerosidade excessiva, em virtude de efeito superveniente que alterou significativamente o equilíbrio contratual.⁴⁸

Diferentemente da maioria dos contratos, a extinção do contrato de convenção de condomínio é excepcional. Das hipóteses acima listadas de extinção, típicas dos contratos onerosos, cogita-se apenas a resilição, mas que ainda assim parece improvável na prática, pois exigiria a concordância de todos os condôminos, e em não se tratando de um evento excepcional, não se vislumbra hipótese prática em que os condôminos de um condomínio edilício iriam decidir, de comum acordo, extinguir um condomínio edilício para retornar a um condomínio voluntário.⁴⁹

Sobre a modificação da convenção de condomínio, esta ocorre de forma diversa de um contrato bilateral. Por ser plurilateral e estar destinada a vigorar no tempo de forma indefinida, provendo segurança jurídica a todos os condôminos presentes e futuros, a convenção de condomínio exige um quórum qualificado para ser alterada. Ao contrário dos contratos bilaterais, que exigem a unanimidade dos contratantes para a sua alteração, um contratante da convenção de condomínio pode se ver sujeito a um novo regramento com o qual não concordou, haja vista a

⁴⁷ “A transitoriedade mostra-se recorrente nas relações contratuais, destinadas ao intercâmbio de prestações.” (TEPEDINO, Gustavo (org.), KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; *Fundamentos do Direito Civil*. Volume 3: Contratos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 143).

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo (org.), KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; *Fundamentos do Direito Civil*. Volume 3: Contratos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 144.

⁴⁹ A premissa é de estar-se-á a falar de condomínios edilícios compostos de proprietários diversos e sem vínculos pessoais ou negociais pretéritos aos condomínios edilícios, como parece ser a regra.

possibilidade de alteração da convenção de condomínio por um quórum de maioria qualificada, o que impõe um controle mais rígido da decisão que resultou nessa alteração.

Outro aspecto a ser considerado na interpretação da convenção de condomínio, é a lógica não econômica do contrato. A função social e econômica a ser observada pela norma condominial será, naturalmente, diferente daquela observada em um contrato de ordem puramente econômica. Conforme já mencionado, não se pode falar em inadimplemento de uma das partes (*i.e.*, dos condôminos) ou em reequilíbrio econômico da convenção de condomínio. Dado que não existe, via de regra, onerosidade e comutatividade de prestações na convenção de condomínio que justifiquem a repactuação do pacto negocial, a convenção de condomínio não é alterada por evento superveniente que altera o seu equilíbrio contratual. No entanto, isso não significa que o tempo não afete a causa do contrato e, portanto, a relação contratual.⁵⁰ Ocorre que, diferentemente de contratos bilaterais e onerosos de longa duração, que pressupõe um equilíbrio econômico nas prestações e criam mecanismos de reequilíbrio, inexistem nas convenções, na prática, um mecanismo contratual de adaptação da convenção às circunstâncias.⁵¹

Apesar de ligada a um direito estritamente patrimonial – e talvez o mais emblemático dos direitos patrimoniais, que é o imobiliário –, o condomínio edilício constitui espaço em que o ser humano exerce a privacidade e desenvolve a personalidade. Isso significa que os interesses socialmente relevantes em uma convenção de condomínio, de caráter plurilateral, são mais prevalentes e acentuados, de forma geral, do que aqueles presentes em contratos bilaterais onerosos e comutativos, restritos a determinadas partes, ainda que possa ter um impacto social e econômico em terceiros, sem desprezar, por evidente, a existência de inúmeros contratos que constituam exceção a esta afirmação.

Portanto, o condomínio edilício e a convenção de condomínio têm efeitos diretos e duradouros no desenvolvimento da personalidade humana dos seus

⁵⁰ Sobre o conceito de causa, vide item 1.3, a seguir.

⁵¹ Sobre contratos evolutivos, vide MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 25, abr./jun. 2010. As convenções de condomínio são contratos que, por sua longa duração, mereceriam mecanismos adaptativos, que convertessem o contrato estático em evolutivo, mas isso não é objeto do presente estudo.

ocupantes. Por consequência, a interpretação que se fará da convenção de condomínio – e das decisões assembleares que dela derivam, conforme abaixo abordado – será, necessariamente, privilegiando a pessoa humana sobre interesses patrimoniais e a liberdade dos contratantes deverá ser limitada levando em consideração os aspectos acima referidos quanto a formação e alcance jurídico da convenção de condomínio.

Por tudo isso, é preciso dar um tratamento diferenciado às convenções condominiais, que envolvem direitos extrapatrimoniais e invariavelmente têm um escopo temporal e pessoal mais amplo que negócios jurídicos onerosos e bilaterais, restritos a determinadas partes, por prazo determinado, sujeitos, efetivamente, à resolução.

O mesmo tratamento e interpretação aplicável às convenções de condomínio deve ser dado às decisões assembleares, que derivam da convenção de condomínio e, portanto, tal qual a convenção de condomínio, possuem igual alcance temporal e pessoal.

É através das decisões assembleares que o condomínio edilício expressa a sua vontade.⁵² Trata-se de órgão permanente, supremo e indissolúvel do condomínio⁵³, cujas decisões são soberanas. Tem o poder de alterar a convenção, deliberar pela alteração física da edificação que compõe o condomínio edilício, pela contratação de serviço, pela locação de área comum, pela aplicação de multa, entre outros, sem prejuízo do exercício destes direitos – conforme for da sua prerrogativa – pelo síndico, caso não haja deliberação em sentido contrário da assembleia geral.

A decisões assembleares são nada mais que deliberações, por força das quais uma coletividade de pessoas decide sobre os interesses comuns do condomínio edilício mediante maioria ou por unanimidade dos condôminos. A deliberação vale

⁵² A representação é feita pelo síndico. Neste sentido, fazendo analogia à representação da sociedade anônima pela diretoria, vide TEPEDINO, Ricardo. Capítulo II - Assembleia Geral In *Direito das companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org). Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 874.

⁵³ Sobre ser órgão deliberativo, vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 152. Em se tratando de ser órgão permanente e indissolúvel, faz-se analogia à assembleia geral da sociedade anônima (TEPEDINO, Ricardo. Capítulo II - Assembleia Geral In *Direito das companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org). Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 874-875). Sobre ser supremo, vide RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 190 e AVVAD, Pedro Elias. *Condomínio em Edificações no Novo Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 166.

não como vontade dos que participaram, mas como vontade de toda a coletividade que compõe o condomínio edilício.⁵⁴

Isso vai de encontro com a natureza estatutária da convenção de condomínio, pois a decisão assemblear se torna oponente para toda a coletividade a que se destina, e não apenas para aqueles condôminos ou terceiros que possuem legitimidade para participar da assembleia condominial. Ao mesmo tempo, a decisão assemblear constitui negócio jurídico decorrente da liberdade contratual, na medida em que decorre da autonomia dos condôminos presentes, o que denota a natureza contratual da deliberação assemblear.⁵⁵

Portanto, é através das assembleias gerais, ordinárias ou extraordinárias, que o condomínio edilício representa a vontade dos condôminos, conforme poderes concedidos outorgados pela lei e/ou pela convenção de condomínio. Tanto a convenção de condomínio como a decisão assemblear possuem a mesma natureza jurídica. Por consequência, as mesmas premissas interpretativas que se aplicam à convenção de condomínio, são aplicáveis à decisão assemblear.

No entanto, a vontade da assembleia geral não é absoluta e incondicionada a uma análise de legalidade e merecimento de tutela. A maioria não pode, por seu livre arbítrio, impor a vontade desta sobre os interesses do condomínio, simplesmente porque atingiram o quórum necessário para fazer prevalecer determinada posição jurídica e interesses ligados a essa maioria, sem que sejam levados em consideração os valores constitucionais, notadamente da solidariedade e dignidade da pessoa humana – e dos princípios decorrentes –, de modo a verificar se a vontade da maioria cumpre um fim e função tutelável pelo ordenamento. Não

⁵⁴ Sobre a deliberação, vide ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Condomínio Edilício*. Aspectos de Direito Material e Processual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 101.

⁵⁵ Parece correto considerar as assembleias condominiais como negócios jurídicos, dado que os condôminos (ou aqueles assim considerados aptos a votar, como locatários, a depender se a corrente jurídica adotada entende que estes têm prerrogativa para votar em determinadas matérias) têm o poder de determinar o conteúdo eficaz das relações jurídicas quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico. No sentido de serem negócios jurídicos (e também atos complexos), vide FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Hermenêutica e aplicação da convenção de condomínio: (propriedade horizontal)*. 2007. 1229 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 342. Conforme menciona este último autor, o autor estrangeiro Mario J. Bendersky entende que as decisões ou as resoluções da assembleia são consideradas atos jurídicos colegiados, ficando próximo da classificação dos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais (BENDERSKY, Mario J. *Nulidad de asambleas en el regimen de propiedad horizontal*, 1959, p. 41-42 apud FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Hermenêutica e aplicação da convenção de condomínio: (propriedade horizontal)*. 2007. 1229 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, nota 847).

basta que a decisão assemblear seja, conforme será visto adiante, estruturalmente válida, mas que também seja legal em sentido amplo, isto é, não abusiva e merecedora de tutela do ordenamento. É preciso que a decisão assemblear respeite os interesses socialmente relevantes, notadamente aqueles da comunidade a qual se dirige, que é a coletividade de condôminos e ocupantes das unidades autônomas do condomínio. Trata-se de um poder-dever da assembleia de condomínio, representada pela maioria exigida para a deliberação, quando não for exigido o quórum de unanimidade.⁵⁶

Nesse sentido, pode-se considerar a convenção de condomínio um contrato comunitário, em que, nas palavras de Judith Martins Costa, “subjaz na sua própria racionalidade econômico-social a noção de comunidade, uma vez que num dos pólos não está meramente o interesse de uma soma aritmética de “individualidades”, mas interesses supra-individuais ou coletivos”. Este tipo de contrato, conforme indica a autora, está assentado na solidariedade social.⁵⁷

É possível concluir pela necessidade de uma interpretação específica e diferenciada das convenções de condomínio e, por sua vez, decisões assembleares, em função, em especial, dos seguintes pontos: **(i)** as partes que decidiram seu conteúdo possivelmente serão, ao longo do tempo, aquelas que estarão sujeitas ao seu regramento; **(ii)** é o incorporador imobiliário que costuma elaborar a maioria das convenções de condomínio de novos empreendimentos, que tendem a ser adotadas sem alterações pelos condôminos, de modo que os adquirentes das unidades autônomas não têm participação na redação da convenção, conforme já exposto; **(iii)** após a alienação completa das unidades autônomas de empreendimento decorrente de incorporação imobiliária, o incorporador já não possui qualquer interesse juridicamente relevante nas relações entre os condôminos, de forma que a convenção nem sempre é feita para endereçar eventuais problemas futuros ou para envelhecer bem, caso isso seja possível, pois não é possível prever

⁵⁶ Faz-se aqui uma analogia, guardadas as devidas diferenças, com as decisões assembleares de sociedades anônimas, em que o controlador ou acionistas majoritários tomem as decisões conforme o interesse social e não no interesse próprio. Neste sentido, afirma Fábio Konder Comparato: “a atividade empresarial deve ser exercida pelo empresário nas sociedades mercantis, não no interesse próprio, mas no interesse social, *i.é.*, de todos os sócios *uti singuli*. Trata-se, portanto, de um poder-dever, a maior caminho entre os *jus* e o *munus*” (COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 100-101, apud MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1. p. 43, maio, 2005, p. 51).

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1. p. 43, maio, 2005, pp. 53-54.

vicissitudes e alterações sociais e jurídicas futuras; **(iv)** a convenção de condomínio perdura por tempo indeterminado, não se extinguindo, salvo situações excepcionalíssimas; **(v)** o contexto histórico social, econômico e legislativo em que foi celebrada determinada convenção se altera ao longo do tempo, enquanto a convenção permanece, de modo geral, estática; **(vi)** as decisões assembleares são tomadas através do quórum de maioria, inclusive para alteração da própria convenção, independentemente da concordância de todos os condôminos, salvo em certas hipóteses em que a unanimidade é exigida; **(vii)** a deliberação assemblear, tal qual a convenção, é um negócio jurídico plurilateral de natureza estatutária, oponível perante pessoas indeterminadas e variáveis ao longo da existência do contrato; e **(viii)** a deliberação assemblear tem que ser tomada à luz dos valores do ordenamento, notadamente da solidariedade, em cumprimento à função (social e econômica), atendendo aos interesses da comunidade a que se dirige.

Exposta essa necessidade de uma interpretação particular da convenção de condomínio e das decisões assembleares, o estudo dos mecanismos de controle é fundamental para interpretar estas decisões e avaliar se elas estão em conformidade com o ordenamento, realizando-se, portanto, um controle legal destas. O que se entende, contudo, por conformidade com o ordenamento? Como pode e deve ser feito esse controle?

No próximo item deste capítulo analisar-se-á quais são as formas de controle disponíveis e quais são aquelas mais adequadas para controlar as decisões assembleares que não estão em conformidade com o ordenamento. Pretende-se, portanto, perquirir qual é o mecanismo de controle das decisões assembleares que se adotará como o mais adequado e que será estudado nesta dissertação.

1.3. Controle das decisões assembleares

Nas últimas décadas, especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988 (a “constituição cidadã”), houve uma “abertura do sistema jurídico a valores e vetores extrapositivados”⁵⁸, que colocou a pessoa humana no centro do

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 22.

ordenamento. Essa abertura significou uma mudança hermenêutica que transformou qualitativamente o conteúdo da autonomia privada, sujeitando-a aos princípios fundamentais da solidariedade social⁵⁹ e dignidade da pessoa humana.⁶⁰ Esses princípios atraíram, por sua vez, a incidência de outros princípios, notadamente da boa-fé objetiva e da função social, com aplicação direta nas relações privadas.

Como resultado dessa evolução hermenêutica, os atos de autonomia privada passaram a ter sua eficácia limitada e condicionada aos valores constitucionais acima referidos. Se trata da funcionalização dos atos de autonomia privada, sujeitando-os a valores não patrimoniais.⁶¹ Não é mais suficiente que os atos privados apenas não sejam ilícitos. É preciso que estes atos de autonomia privada sejam funcionalizados aos interesses coletivos e socialmente relevantes.⁶² O

⁵⁹ Conforme nota Maria Celina Bodin de Moraes, a solidariedade social é diferente de fraternidade, que é ato de liberdade, constituindo obrigação moral, diferentemente da solidariedade, que é um dever de natureza jurídica, que exige um comportamento, envolvendo cooperação, igualdade substancial e justiça social, tendo sentido ou não algum tipo de sentimento de fraternidade. Nas palavras da autora, “o princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade. A resultante dependerá dos interesses envolvidos, de suas consequências perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade ou indisponibilidade da situação jurídica.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: Matos, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). *A construção dos novos direitos*. 1ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, v. 1, p. 232-260).

⁶⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 429.

⁶¹ “Trata-se, em síntese, de postura hermenêutica que reconhece que todo instituto jurídico deve ser analisado prioritariamente à luz de sua função (vale dizer, tomando-se em conta seus efeitos e os interesses por eles tangenciados), e que esta função deve ser compatível com os valores que justificam sua tutela jurídica pelo ordenamento.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 2 de 25 (versão eletrônica). Em complemento, afirma Carlos Nelson Konder que “a funcionalização incide sobre todo o direito civil, mas tem especial relevância no direito contratual. Isto porque a liberdade contratual, como manifestação da autonomia privada, em princípio permite aos particulares escolher os efeitos jurídicos que desejam produzir, as normas que irão reger suas relações interprivadas. Assim, neste âmbito, diante da miríade de possibilidades que surgem, é especialmente importante ao intérprete fazer atenção ao perfil funcional do negócio realizado. Deve-se ter em vista os efeitos buscados, a função perseguida, naquele negócio concreto, de forma a aferir mais cuidadosamente se há compatibilidade com aqueles interesses em razão dos quais a própria liberdade de contratar e tutelada.” (KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 43. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2010, p. 74).

⁶² Neste sentido: “A funcionalização das situações jurídicas patrimoniais a valores não patrimoniais, atinentes à pessoa humana e à sua personalidade, torna-se, assim, postulado imperativo da ordem jurídica, introduzida pouco a pouco pela legislação especial e consagrada, no caso brasileiro, na esteira desse processo histórico, pela Constituição da República, de 5 de outubro de 1988. A dignidade humana, alçada a fundamento da República no art. 1º, III, da Constituição, assume particular relevo nesse processo histórico como vetor interpretativo-integrativo de todo o

interesse social passa a integrar o próprio conceito da situação jurídica subjetiva patrimonial.⁶³

A autonomia privada deixou de ser, portanto, concebida como direito absoluto, pontualmente restringida por normas de ordem pública⁶⁴. Não se trata de um valor em si mesmo a ser tutelado, independentemente do atendimento aos ditames constitucionais. Nem se admite que existam zonas francas de atuação da autonomia privada.⁶⁵ A autonomia privada e os espaços de liberdade perderam espaço, passando de uma posição de prevalência absoluta ou quase absoluta para uma posição de igualdade com os princípios constitucionais fundamentais assim decorridos e todos que destes decorrem.⁶⁶

Isso não significa que a autonomia privada será condicionada, exclusivamente, aos interesses comuns, em desprestígio aos interesses particulares. A proteção dos interesses privados é também uma das formas da realização de interesses socialmente relevantes e, portanto, merecedora de tutela. É evidente que os negócios jurídicos são pautados, primordialmente, pelos interesses individuais e

ordenamento jurídico. Nesta direção, atribui-se cada vez mais aos princípios o papel de reunificação do Direito Civil a partir da releitura de tradicionais institutos à luz da tábua axiológica constitucional, atribuindo-se ao magistrado a missão de delimitar categorias e conceitos jurídicos indeterminados, de modo a assegurar eficácia jurídica às cláusulas gerais positivadas pelo legislador. O Direito Civil como espaço de liberdade patrimonial garantido ao proprietário e ao contratante expande-se na promoção da liberdade substancial e da autonomia existencial na legalidade constitucional. O modelo teórico, racional e abstrato, desvinculado da práxis, cede lugar ao pensamento tópico-sistemático, atento à realidade social, com características fenomenológicas diversas da ciência jurídica concebida em sua neutralidade conceitual.” (TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 21).

⁶³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 8 de 25 (versão eletrônica).

⁶⁴ Assim era a visão anterior à nova hermenêutica antes referida: “Assim sendo, os limites à liberdade de contratar jamais poderiam ser essenciais ou internos ao negócio, mas, ao contrário, seriam sempre externos, contrapondo à liberdade os interesses de ordem pública. Nesta ótica individualista, uma vez respeitados os limites externos pontuais fixados pelo Estado-legislador, a atividade contratual poderia desenvolver-se livre de qualquer restrição ou condicionamento. Ou seja, uma vez considerado válido o ato jurídico – porque não colidente com as normas imperativas de intervenção – os contratantes dispõem de uma espécie de salvo-conduto, que lhes daria prerrogativa de exercer a liberdade contratual em termos qualitativamente absolutos, embora quantitativamente delimitados.” (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos In *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 401).

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 404).

⁶⁶ KONDER, Carlos. Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 99, p. 47-65, set./out. 2016.

econômicos e que, mediatamente, os contratantes buscarão promover interesses sociais.⁶⁷ Ocorre que o merecimento de tutela será privilegiado em relação aos atos jurídicos que promovam valores socialmente relevantes, se comparados com outros que promovam em menor medida ou em nenhuma medida tais valores.

O merecimento de tutela acima referido é explicado por Eduardo Nunes de Souza:

A expectativa de que a autonomia privada fosse exercida pelo particular na persecução de interesses alheios seria ao menos ingênua, embora seja certo que ele não possa violar tais interesses e que, se vier a promovê-los ao lado de seus próprios interesses, seu ato terá um mérito especial – será, em sentido estrito, merecedor de tutela. Os interesses privados são protegidos pela ordem jurídica na medida em que não se contraponham aos valores que o ordenamento associa a eles (tem-se aí um controle de abusividade, e não por acaso se afirma usualmente que a função social e outros princípios de matriz solidarista conformam “internamente” as situações jurídicas patrimoniais); mas um ato particular que consiga promover tanto interesses individuais quanto outros interesses juridicamente relevantes receberá *ipso facto* tutela prioritária em face de outros atos que apenas promovam os interesses das partes. Eis por que a expressão merecimento de tutela se adapta com particular exatidão ao direito privado, no qual os interesses primariamente perseguidos não são necessariamente públicos.

(....)

Assim também o merecimento de tutela se revela uma instância positiva de controle dos atos particulares, que não visa diretamente à repressão de violações ao direito (papel já desempenhado pelos juízos de licitude e não abusividade), mas sim a conferir uma proteção privilegiada a determinado ato pelos valores que promove – ainda que a consequência indireta dessa proteção acabe por resultar na repressão a outro exercício particular conflitante com ele. De fato, pode acontecer que dois atos particulares sejam indubitavelmente lícitos e não abusivos, mas, ainda assim, encontrem-se, no caso concreto, em rota de colisão, de tal modo que o exercício de um não se compatibilize com o de outro. É justamente neste ponto, quando já se verificou que não há ilicitude nem abuso de nenhuma das partes, e ainda assim um novo juízo valorativo precisa incidir sobre tais atos (de modo a decidir qual deles irá prevalecer), que se revela especialmente útil o juízo de merecimento de tutela. Trata-se de verdadeiros *hard cases*, nos quais a decisão buscará proteger primordialmente o ato que se reputar mais promovedor dos valores do ordenamento, e apenas por via transversa negará tutela jurídica ao outro ato, apenas na medida em que inevitável que ambos convivam.⁶⁸

Verifica-se, por esse entendimento, que a análise de merecimento de tutela é um mecanismo de controle promocional – e não repressivo – de uma posição jurídica, utilizado quando, em uma contraposição de situações jurídicas, não houver

⁶⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: Carlos Eduardo Guerra de Moraes; Ricardo Lodi Ribeiro. (Org.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 2, p. 91.

⁶⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: Carlos Eduardo Guerra de Moraes; Ricardo Lodi Ribeiro. (Org.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 2, pp. 91-93.

sido identificada ilicitude *lato sensu* em uma dessas situações jurídicas contrapostas. Em virtude dessa contraposição de situações jurídicas, o ordenamento conferirá tutela privilegiada à situação jurídica que melhor promover interesses socialmente relevantes, isto é, a situação jurídica que seja a mais merecedora de tutela. Por outro lado, a situação que for menos merecedora de tutela será, em alguma medida, repreendida. Em outras palavras, o juízo de merecimento de tutela operará nos casos em que é preciso escolher entre duas pretensões lícitas, porém antagônicas⁶⁹. Novamente nas palavras de Eduardo Nunes de Souza:

O merecimento de tutela se revela uma instância positiva de controle dos atos particulares, que não visa diretamente à repressão de violações ao direito (papel já desempenhado pelos juízos de licitude e não abusividade), mas sim a conferir uma proteção privilegiada a determinado ato pelos valores que promove – ainda que a consequência indireta dessa proteção acabe por resultar na repressão a outro exercício particular conflitante com ele.⁷⁰

Esse parece ser o melhor entendimento para efetivar a função promocional dos princípios constitucionais, especialmente se considerada a dificuldade prática de se negar tutela a atos estruturalmente lícitos que funcionalmente não efetivem a promoção de valores socialmente úteis.⁷¹ Nesta linha, Carlos Nelson Konder afirma que “a consequência da proteção aos interesses da coletividade pode ser não apenas a privação de efeitos dos negócios que afrontam tais interesses, mas também a

⁶⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: Carlos Eduardo Guerra de Moraes; Ricardo Lodi Ribeiro. (Org.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 2, p. 100.

⁷⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p. 2291.

⁷¹ “Com efeito, como pressupor que as partes em um contrato devam celebrá-lo perseguindo interesses socialmente relevantes, além de seus próprios interesses? Como tornar essa diretriz – inegável decorrência do princípio constitucional da solidariedade – eficaz, na prática, em sede de relações obrigacionais? Mais ainda: considerando-se que a função social do contrato importe a promoção de valores como o meio-ambiente, o trabalho, o consumidor, a livre-concorrência etc., quem estaria legitimado a alegar seu descumprimento? Poderia uma das partes contratantes exigir judicialmente da outra parte que promova a função social do contrato? Das duas, uma: ou a inobservância da função social do contrato decorre do estrito cumprimento do próprio negócio (com o qual ambas as partes anuíram, não lhes cabendo alegar, aproveitando-se de sua própria torpeza, o desmerecimento de tutela do contrato), ou essa inobservância de todo extrapola o conteúdo contratual (e, neste caso, quem se avocaria a legitimidade para, interferindo em um ato de autonomia privada, exigir a promoção de interesses socialmente relevantes?)” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 12 de 25 (versão eletrônica).

conservação ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante”⁷².

Para realizar a análise do merecimento de tutela, recorre-se, primordialmente, ao princípio da função social⁷³. Este requalificou os institutos jurídicos, superando a ideia de limites negativos⁷⁴, para impor deveres positivos aos titulares de uma posição jurídica.⁷⁵ Trata-se de elemento interno e razão justificadora da autonomia privada.⁷⁶

A despeito da recente alteração legislativa do artigo 421 do Código Civil, que suprimiu o “em razão de”⁷⁷, os princípios constitucionais da solidariedade e da

⁷² KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 39-59. jul./set. 2017, p. 56.

⁷³ Para os fins deste trabalho, referir-se-á, majoritariamente, ao princípio da função social, ainda que se esteja a falar da função social da propriedade, entendendo-se que o segundo está abrangido pelo primeiro, na medida em que os ditames da função social incidem sobre toda e qualquer situação jurídica subjetiva, não se restringindo ao contrato e à propriedade (vide, neste sentido, TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. *In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 54, p.141-154, out./dez. 2014, p. 143). A respeito da função social da propriedade, cabe notar que já em 1987, Celso Antônio Bandeira de Mello falava em duas acepções da função social da propriedade, reconhecendo a sua função promocional: (i) uma, em que esta deve “cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar estes interesses), cumprindo, dessarte, às completas, sua vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade (ou, pelo menos, não poderá ser utilizada de modo a adversá-las)”; e (ii) outra em que existe “imposição legal de sujeições da propriedade a um compromisso positivo com a função social”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Obtido através da RT Online. Artigo originariamente publicado na Revista de Direito Público, São Paulo, ano XX, n. 84, p. 39-45, out.-dez. 1987).

⁷⁴ Acerca dos limites negativos: “A teoria externa crê na possibilidade de existirem (em tese ou em potência) direitos sem limites. Estes não de vir "de fora" do direito subjetivo, mediante uma norma que intervenha no âmbito de atuação do direito, como se o direito (subjetivo) fosse uma espécie de sujeito narcisista, em contínua e ilimitada expansão (MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, p. 41-66, maio 2005, p. 48)

⁷⁵ Neste sentido, a doutrinadora portuguesa Ana Prata afirma que o “o Estado pode, por duas vias, operar a sua intervenção nas relações do mercado: negando eficácia jurídica à vontade privada quando esta se manifesta em condições de flagrante frustração dos pressupostos da sua força vinculativa ou quando dela resultam consequências ostensivamente nefastas para o bem-estar social, ou conformando, de forma correctora, os efeitos jurídicos desencadeados pela manifestação de vontade, fazendo intervir no regulamento negócios interesses alheios, de um ponto de vista imediato, àqueles que ditaram esse regulamento. Estamos, por um lado, perante os chamados limites negativos à liberdade contratual e, por outro, parcialmente, perante os chamados limites positivos” (PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 41).

⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. Funcionalização do direito civil e o princípio da função social dos contratos *In 20 anos do Código Civil: relações privadas no início do século XXI*. Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thiago Ferreira Cardoso (org.). Indaiatuba: Editora Foco, 2022, pp. 166 e 169.

⁷⁷ A “Lei da Liberdade Econômica” (Lei nº. 13.874/2019) alterou a redação desse artigo, suprimindo o “em razão”, passando a redação desse artigo, de “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, para figurar que “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”.

dignidade da pessoa humana continuam centrais ao ordenamento pátrio, incidindo de forma direta e qualificando todos os institutos jurídicos, impondo a promoção dos valores socialmente relevantes através do princípio da função social.⁷⁸ Afora a incidência direta dos princípios constitucionais antes referida, o parágrafo único do artigo 2.035⁷⁹ do Código Civil impõe o cumprimento da função social dos contratos e da propriedade.

Nas palavras de Carlos Nelson Konder, a função social do contrato é “o elemento valorador, avaliador, ‘agente’, por assim dizer, do processo de controle em termos de merecimento de tutela.”⁸⁰ Conforme explica o autor, a função social se trataria, efetivamente, de um postulado metodológico-hermenêutico e não,

⁷⁸ Acerca da manutenção do espírito anterior do art. 421, remete-se a Eduardo Nunes e Souza: “A reforma promovida pela nova lei, a despeito disso, preocupou-se em alterar a redação original do art. 421 do Código Civil, suprimindo a expressão “em razão”, ao argumento de que o exercício da liberdade contratual nunca poderia ocorrer “em razão” de interesses outros que não os dos próprios contratantes.

Embora tal constatação já fosse feita por alguns autores do civil-constitucional, a previsão de que a liberdade de contratar deveria ser exercida “em razão” e nos limites da função social do contrato sinalizava um posicionamento relevante, fruto do desenvolvimento histórico da noção de função social (particularmente nos direitos reais), que refletia a relevância do princípio como postulado hermenêutico a determinar a observância ao interesse social como limite interno, e não apenas externo, ao exercício de situações jurídicas individuais. A despeito da reforma, o entendimento ainda se aplica ao direito brasileiro, devendo, mais uma vez, ser extraído do próprio princípio constitucional da solidariedade (e das disposições constitucionais que, ao disporem sobre a livre-iniciativa, fazem-no sempre em conjunto com seu valor social) (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro*. Publicado em 16/04/2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/324733/lei-da-liberdade-economica-e-seu-desprestigio-a-autonomia-privada-no-direito-contratual-brasileiro>>. Acessado em 11/04/2022). Neste mesmo sentido, dispõe Gustavo Tepedino que “a nova redação evidentemente não possui o condão de afastar o controle de utilidade social das relações patrimoniais, incidente sobre o conteúdo do contrato. (...). Por isso mesmo, em que pese a alteração realizada pelo legislador ordinário, a função social permanece consistindo em elemento interno da liberdade contratual.” (TEPEDINO, Gustavo. Funcionalização do direito civil e o princípio da função social dos contratos In *20 anos do Código Civil: relações privadas no início do século XXI*. Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thiago Ferreira Cardoso Neves (org.). Indaiatuba: Editora Foco, 2022, pp. 167-169).

⁷⁹ “Art. 2035. (...). Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

⁸⁰ Em complemento, o autor afirma que “Trata-se, sem dúvida, de conceito flexível, na medida em que não há uma única função social, específica e identificada, à qual todos os contratos devem adequar-se, mas isto não significa que sua determinação seja arbitrária: seu conteúdo deve, necessariamente, ser preenchido exclusivamente através da legalidade constitucional, das normas jurídicas positivadas, com base em uma leitura adequada à sistematicidade e hierarquia do ordenamento. O termo “social”, contido no significante, indica a amplitude da repercussão do parâmetro de valoração necessária, porém não suficiente: função reputada socialmente relevante e, por isso, juridicamente protegida.” (KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 43. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2010, pp. 73-74).

propriamente, um princípio, na medida em que não pode ser ponderada ou superada por outros princípios.⁸¹

A função social constitui, assim, recurso metodológico fundamental para avaliar o merecimento de tutela, ponderando os interesses dos titulares de posições jurídicas a luz dos interesses da coletividade.

Verifica-se, assim, que o conceito de legalidade foi estendido, não se limitando à ilegalidade ou vedação ao ilícito. É preciso ir além da função repressiva e considerar a função promocional, por meio da aferição da função social.

No entanto, antes de se aferir o merecimento de tutela de determinada posição jurídica através da aplicação da função social, é preciso aferir se a posição jurídica é lícita *stricto sensu* e *lato sensu*⁸². Isto significa que, primeiramente, é preciso considerar se, do ponto de vista estrutural, a posição jurídica viola determinada norma. Feito isto, confirmada a sua conformidade legal do ponto de vista estrutural, é preciso avaliar se funcionalmente a posição jurídica é lícita. Isto é, é preciso avaliar se determinada posição jurídica está sendo exercida de forma abusiva.

⁸¹ KONDER, Carlos Nelson. Para além da "princípioalização" da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 39-59. jul./set. 2017, p. 58. O conceito de postulado será adiante aprofundado quando da análise da figura do abuso do direito (item 2.1).

⁸² Conforme será adentrado no capítulo seguinte, o abuso do direito constitui um ilícito *lato sensu*, mas não *stricto sensu*

Essa função, também designada de função jurídica ou função negocial⁸³, é associada à causa do ato jurídico⁸⁴, conceito de difícil definição e utilização⁸⁵, não adotado expressamente pelo legislador pátrio.⁸⁶

Em relação a essa associação entre causa e função, Pietro Perlingieri afirma que a função “é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente a vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante. A razão justificadora é ao mesmo tempo normativa, econômica, social, política e por vezes psicológica”.⁸⁷

⁸³ Conforme referido em SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 7 de 25 (versão eletrônica).

⁸⁴ Neste sentido, vide definição de Gustavo Tepedino sobre a causa, que afirma se tratar de função jurídica: “Do ponto de vista técnico, a causa consiste na mínima unidade de efeitos essenciais que caracteriza determinado negócio, sua função jurídica, diferenciando-o dos demais. Somente a identificação da causa pode determinar a qualificação contratual, a invalidade ou ineficácia de certas relações jurídicas para as quais o exame dos demais elementos mostra se insuficiente” (TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, setembro 2014, p. 27).

⁸⁵ “O problema da causa dificilmente será pacificado na doutrina. Não bastasse tratar-se de mecanismo de controle sobre a autonomia privada (tema que sempre suscita vivas discussões e os mais diversos posicionamentos doutrinários), a figura da causa ainda tem sido utilizada, ao menos, para dois propósitos bastante distintos no âmbito do direito civil: (a) a qualificação dos negócios jurídicos, de modo a permitir a identificação da disciplina jurídica aplicável a cada contrato; e (b) o controle valorativo desses mesmos negócios, servindo de base tanto para a verificação de exercício disfuncional (abusivo) de posições contratuais quanto para a aferição do merecimento de tutela à luz da promoção da função social e de outros princípios de grande relevância (a justificar seu tratamento jurídico diferenciado) (SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 7 de 25 (versão eletrônica).

⁸⁶ Nota-se que doutrina se refere, comumente, à causa “do contrato”, mas este trabalho entende que a causa se aplica aos atos jurídicos de forma geral (i.e. *lato sensu*), e não apenas ao contrato, que é um negócio jurídico, que é, por sua vez, uma espécie de ato jurídico.

⁸⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 96). Em igual sentido, Eduardo Nunes e Souza, afirma ser “fator que sintetiza a globalidade do regulamento de interesses previsto pelas partes para o negócio, a permitir sua valoração à luz dos princípios do ordenamento.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 7 de 25 da versão eletrônica). Em complemento, Carlos Nelson Konder explica que: “Se a função social do contrato é aquilo que avalia – ou perante a qual se avalia – a causa do contrato é aquilo que é avaliado. Trata-se da função que aquele contrato específico visa a realizar – seu “perfil funcional” – e que, para tanto, deverá ser compatível com o ordenamento, isto é, com a finalidade, socialmente relevante, em virtude da qual se concede este poder aos particulares, enfim, a da função social do contrato. A causa do contrato, em consequência, é causa naquele contrato específico e individualizado, com suas peculiaridades e vicissitudes, e por isso referida como função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação.” (KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 43. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2010, p. 73.

Conforme dispõe Maria Celina Bodin de Moraes, a causa teria três funções: se presta a qualificar o ato jurídico; dar ou negar-lhe juridicidade; e limitar a autonomia privada.⁸⁸

É possível fazer uma associação entre causa e função, no sentido de que ambos se tratam da síntese correspectiva de todos os interesses abrangidos pelo negócio jurídico.⁸⁹ Não se fará estudo da diferenciação da causa e função, já que o conceito de causa está associado e abrangido pela função.

Outra distinção necessária, também correlacionada com o conceito de causa, é entre “função social” e “função” (esta última também designada função jurídica ou função negocial)⁹⁰. Apesar de ambas estarem associadas, são institutos jurídicos autônomos. Estão associadas na medida em que “a função social representa apenas um dos interesses a serem considerados na aferição do abuso”, ao passo que “a ‘função’ a que se alude quando se trata do exercício disfuncional de um direito não se confunde com o interesse social, embora este seja um de seus elementos”.⁹¹

Em outras palavras, a função social está englobada pela função negocial, servindo a função social como critério para aferição do cumprimento da função negocial. Isso significa que a “função social” está mais ligada à função promocional do direito⁹² e, portanto, à análise do merecimento de tutela, ao passo que a “função” está mais ligada à causa do ato jurídico, e, portanto, à qualificação do ato jurídico e à verificação de abuso do direito, ainda que uma contenha um pouco da outra.⁹³

⁸⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Data de acesso 19/04/2022.

⁸⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 8 de 25 (versão eletrônica).

⁹⁰ “Na análise funcional dos institutos jurídicos, é a função – vale dizer, o conjunto dos efeitos produzidos, dos interesses promovidos pelo instituto – que permitirá a atribuição de um *nomen iuris* e a consequente identificação de sua disciplina jurídica. Mas não apenas isso: uma análise baseada no perfil funcional permite ao intérprete emitir um juízo valorativo muito mais completo sobre os atos jurídicos, indagando se seu exercício não é abusivo e se é merecedor da tutela do ordenamento – indo, portanto, além do simples juízo de licitude proporcionado pelo prisma estrutural” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 1 de 25 [versão eletrônica]).

⁹¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, p. 55.

⁹² “Quase onipresente na consideração da observância deste “dever promocional” está a aferição do cumprimento da função social.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 9 de 25 (versão eletrônica).

⁹³ A utilidade da função negocial reside, assim, na implementação da análise funcional dos contratos, viabilizando o controle de seu merecimento de tutela, e na qualificação negocial à luz do caso

Se pela “função social” se apura se o ato é merecedor de tutela, é através da “função” que se apura se determinada posição jurídica está sendo exercida de forma disfuncional, isto é, em contrariedade aos fins para os quais o ordenamento lhe concede tutela e justifica a sua existência. A avaliação da função de determinada posição jurídica vai além da análise da sua função social.⁹⁴ Esse exercício disfuncional é nada mais que o exercício abusivo, nos termos do artigo 187 do Código Civil⁹⁵. O abuso de direito constitui, portanto, instituto primordial para realizar o controle funcional do exercício de posições jurídicas, especialmente quando uma análise de merecimento de tutela não for a mais adequada, conforme antes exposto e que será ainda aprofundado.⁹⁶

Em suma, a função – social e negocial – é um postulado (metodológico-hermenêutico) que se presta a realizar o controle valorativo dos atos de autonomia privada, seja para negar ou restringir, por abuso ou por falta de merecimento, a tutela de determinada posição jurídica. A legalidade de determinada posição jurídica pressupõe que o exercício desta posição jurídica **(i)** não violará norma expressa e, simultaneamente, **(ii)** não será abusiva **(iii)** nem será repreendida por

concreto, permitindo a atração da disciplina jurídica mais consentânea com os efeitos (realmente) essenciais do contrato. Analogamente, a importância da função social do contrato repousa em dois pontos fundamentais. De um lado, propor parâmetros para o controle da abusividade no exercício da liberdade de contratar: será abusivo o contrato que violar, de alguma forma, algum interesse socialmente relevante. De outro, indicar se um negócio pode ser considerado merecedor de tutela, vale dizer, se ele promove valores juridicamente protegidos – conceito que, no campo da autonomia contratual, não foi, até o momento, desenvolvido além da presunção de merecimento de tutela dos negócios típicos (SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 13 de 25 na versão eletrônica).

⁹⁴ “A diferenciação aqui apresentada entre função e função social, portanto, tem por fulcro apenas indicar que a análise do perfil funcional de certa situação jurídica subjetiva vai além da consideração do interesse social. Não há qualquer antagonismo entre ambas as noções, que, ao revés, complementam-se. Apenas não se pode defender que a função de uma situação jurídica seja somente social; basta considerar que o art. 187 cita outros critérios de aferição do abuso para se concluir que o exercício pode ser disfuncional sem violar, necessariamente, o princípio da função social.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, p. 73).

⁹⁵ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁹⁶ “Nessa ótica, embora o recurso aos princípios seja inerente à metodologia civil-constitucional — na qual o juízo de merecimento de tutela desponta como a instância mais evoluída de controle do exercício de posições jurídicas —, não se pode refutar a utilidade do instituto do abuso do direito. A noção de exercício abusivo não apenas contribui para a concretização desses princípios, como também permite o controle valorativo do exercício em casos nos quais o merecimento de tutela — ao menos em sua formulação mais diretamente ligada ao cumprimento da função social — não conduz a solução pacífica.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, p. 41).

não promover interesses socialmente relevantes, quando contraposta com outra posição jurídica que realize essa promoção de forma em maior grau.

Logo, pode se falar em três passos de controle de um ato de autonomia privada: **(i)** da legalidade *stricto sensu*, mediante análise do perfil estrutural; **(ii)** da legalidade *lato sensu*, mediante análise do perfil funcional, que se valerá do abuso do direito; e **(iii)** do merecimento de tutela, mediante análise do perfil funcional-social.

No que concerne aos condomínios edilícios, a liberdade dos condôminos no âmbito da celebração ou modificação de uma convenção de condomínio deve ser condicionada aos interesses socialmente relevantes⁹⁷, que neste caso serão, via de regra, aqueles do condomínio edilício, que é composto, primariamente, pela coletividade de condôminos e, secundariamente, dos ocupantes e visitantes.

Não se ignora que as decisões assembleares, tal como qualquer negócio jurídico, poderão ter efeitos sobre terceiros – daí se falar em “relativização da relatividade” dos negócios jurídicos⁹⁸ – e, por este motivo, estarão sujeitas também a um controle funcional sobre esse aspecto. No entanto, dado que a convenção de condomínio é um negócio jurídico plurilateral de natureza estatutária que se dirige a uma comunidade específica – ainda que mutável –, os interesses sociais a serem considerados são, primordialmente, aqueles das pessoas que integram essa comunidade.

As decisões assembleares, na qualidade de atos de autonomia da assembleia de condomínio do condomínio edilício, deverão cumprir com uma função que seja legítima e, portanto, merecedora de tutela. Ainda que a análise funcional a que se refere a doutrina seja usualmente feita em relação a contratos – o mais notável dos negócios jurídicos e expoente da autonomia privada – a assembleia condominial constitui ato jurídico sujeito ao controle funcional, como todo e qualquer fato jurídico⁹⁹.

⁹⁷ Cabe notar que não se trata de condicionar os interesses dos contratantes a interesses estatais e supranacionais-individuais, tal como ocorre em estados autoritários, mas sim à plena realização da pessoa humana (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 401).

⁹⁸ KONDER, Carlos Nelson de Paula. A "relativização da relatividade": aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 81-100, março 2019.

⁹⁹ Sobre a funcionalização das estruturas jurídicas atingir todos os fatos jurídicos, vide TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In *O direito e o tempo: embates jurídicos e*

A assembleia geral tem o poder para tomar decisões, incluindo penalidades, que, apesar de não alterarem a convenção de condomínio, afetam, simultaneamente, valores patrimoniais e extrapatrimoniais dos condôminos e ocupantes do condomínio edilício, na medida em que a propriedade é um bem patrimonial e um veículo de realização da personalidade.

A tomada de decisão em uma assembleia geral, tal como em qualquer processo decisório legal, deve ser feita com respeito aos preceitos legais aplicáveis, notadamente, as regras da convenção de condomínio, o Código Civil e a Constituição da República.

Se, por um lado, houve o fim do dogma da subsunção das normas ao caso concreto, por outro houve uma ampliação da liberdade interpretativa do intérprete, o que exige maior fundamentação das decisões.¹⁰⁰ Por este motivo, tal como uma decisão judicial, a decisão assemblear deve ser devidamente justificada, guardadas, por evidente, as devidas e significativas diferenças entre uma decisão assemblear feita por condôminos e uma decisão judicial feita por um magistrado.

A partir de seus fundamentos, as decisões assembleares deverão ter sua eficácia e legalidade analisada, mediante: **(i)** juízo de legalidade em sentido estrito; **(ii)** juízo de abusividade; e **(iii)** juízo de merecimento de tutela.

Para tanto, a figura do abuso do direito tem um papel primordial no controle de situações jurídicas decorrentes de decisões assembleares, haja vista que a análise estrutural das decisões assembleares são mais fáceis de serem realizadas. A dificuldade reside, justamente, na análise de decisões assembleares que são aparentemente válidas, mas que funcionalmente são ilícitas. É essa a situação que se estudará neste trabalho, razão pela qual não serão estudadas aquelas decisões que sejam inválidas do ponto de vista estrutural e, portanto, propriamente ilícitas. É o caso da decisão assemblear que expressamente descumpra quórum legal para a sua aprovação ou de decisão assemblear que viola norma legal que veda atos de

utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 400.

¹⁰⁰ Sobre a necessidade de fundamentação da decisão judicial, vide KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 60, p. 193-213, 2015, p. 209 e SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: Carlos Eduardo Guerra de Moraes; Ricardo Lodi Ribeiro. (Org.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 2, p. 81.

racismo. Tais decisões assembleares seriam patentemente ilegais e, portanto, não geram dificuldade ao intérprete ou julgador.

A tutela dos interesses e posições jurídicas de uma relação condominial é diferente daquela aplicável aos negócios jurídicos paritários bilaterais, conforme visto no item 1.2, concernente à natureza da convenção de condomínio e, por sua vez, da decisão assemblear que dela deriva, assunto este que já foi abordado acima. Por este motivo, a análise funcional das decisões assembleares deverá partir dessas premissas, considerando, por exemplo: **(i)** a norma condominial sobre a qual ela se baseia e, por sua vez, quando e por quem – isto é, em que contexto legal e social – ela foi aprovada; **(ii)** quais condôminos e ocupantes, presentes e futuros, ela irá atingir e, por sua vez, quais posições jurídicas estão sendo privilegiadas e quais estão sendo restringidas; e **(iii)** qual é a função da decisão.

Sobre o item “(i)”, acima, já foi abordado que a convenção de condomínio é feita em determinada época, com base em uma legislação vigente e contexto social que acaba por determinar os seus termos e, por sua própria natureza, se mantém, de forma geral, inalterada, sendo costumeiro que sua elaboração tenha sido feita pela incorporadora, ou por condôminos que nunca vêm a habitar o condomínio ou que deixam de habitar no local após alguns breves anos.

Sobre o item “(ii)”, supra, é preciso levar em consideração os direitos da personalidade que estão associados ao direito patrimonial decorrente da titularidade ou ocupação da propriedade privada. Ainda que a função patrimonial se destaque na análise dos direitos associados ao condomínio edilício, seu aspecto extrapatrimonial é inquestionável. A propriedade imobiliária, notadamente, aquela com função residencial, se apresenta como espaço privado de desenvolvimento da personalidade, não podendo ser associada apenas ao aspecto patrimonial. Pelo contrário, à luz do princípio da solidariedade e dignidade da pessoa, com prevalência da tutela dos interesses extrapatrimoniais sobre o patrimonial, a tutela dos aspectos humanos deve prevalecer sobre o aspecto patrimonial que envolve a propriedade imobiliária e, portanto, os conflitos de interesse em um condomínio edilício.

É preciso considerar quais direitos individuais de condôminos ou ocupantes podem estar sendo restringidos, afetando a dignidade daquelas pessoas ou de determinada pessoa. Desta feita, se trata não apenas dos interesses do condomínio, como coletividade, mas também dos próprios condôminos, considerados

individualmente. Ao mesmo tempo, ainda que pareça contraditório, é preciso considerar não apenas o condômino ou ocupante específico de determinada época, mas todos os condôminos e ocupantes futuros que serão afetados por determinada norma ou deliberação assemblear. Por ser a convenção negócio jurídico de natureza estatutária e, portanto, cujos efeitos se prolongam no tempo, indefinidamente, afetando uma comunidade indefinida e aberta de pessoas, a decisão assemblear deverá ser valorada tendo por pressuposto esse aspecto.

Sobre o item “(iii)”, acima, a função é, conforme já falado e será aprofundado adiante, mecanismo metodológico fundamental para este fim, tanto para verificação do abuso – na medida em que a função social se encontra consubstanciada pelo critério “fim econômico e social”, constante do artigo 187 do Código Civil, relativo ao abuso do direito¹⁰¹ –, como para a verificação do merecimento de tutela.

À luz do exposto, o abuso do direito se mostra o instituto mais adequado para identificar e controlar decisões assembleares que não envolvem um ilícito em sentido estrito, mas que representam um exercício ilegítimo de uma posição jurídica e, por isso, não devem ser tuteladas pelo ordenamento. Quando não for identificado abuso do direito, mas houver contraposição de interesses no condomínio edilício, deverá ser feita uma ponderação desses interesses, verificando qual é aquele que merece ser privilegiado pelo ordenamento e qual é aquele que deve ter a tutela negada no todo ou em parte.

No capítulo que se segue é estudado o instituto do abuso do direito.

¹⁰¹ “Não obstante as críticas que ora se prestam, a referência ao “fim econômico ou social”, encontrada no artigo 187 do novo Código Civil, revela-se como a tradução do princípio da função social do contrato” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 306).

2. Caracterização do abuso do direito nas decisões assembleares

O presente capítulo objetiva estudar a figura do abuso do direito no âmbito das decisões assembleares. Para tanto, será apresentada, primeiramente, uma visão geral do conceito do abuso direito, a fim de estabelecer as premissas sobre as quais esse trabalho se baseará para fins de caracterização do abuso do direito nas decisões assembleares.

Cabe notar que o objetivo deste trabalho não é reexaminar, de forma aprofundada, a história e conceito do abuso do direito, o que já foi feito por outros trabalhos monográficos acerca desta figura jurídica, sobre os quais o presente trabalho se baseará¹⁰², mas revisitar, através de uma análise histórico e conceitual, a figura do abuso do direito, de modo a apresentar ao leitor as premissas conceituais necessárias – sob a ótica deste trabalho – para a compreensão do que será exposto na sequência, que é o estudo da verificação do abuso do direito nas decisões assembleares. Nessa análise histórica e conceitual serão feitos, contudo, apontamentos que a doutrina não fez ou fez de forma superficial, contribuindo assim com o desenvolvimento do instituto.

O conceito acima referido envolverá considerações sobre o surgimento da figura jurídica do abuso do direito, sobre a terminologia adotada, sobre a sua natureza jurídica e seus requisitos.

No item seguinte do capítulo, serão estudados cada um dos critérios ou parâmetros legais do abuso do direito – boa-fé; fim econômico e social e bons costumes –, sempre à luz do controle da abusividade das decisões assembleares.

No seguinte e último item do capítulo, serão estudados os efeitos do abuso do direito, apresentando-os no contexto das decisões assembleares.

¹⁰² Dentre tais obras monográficas, destacam-se aquelas de Pedro Baptista Martins (*O Abuso do direito e o ato ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (*Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, 1983); Fernando Augusto Cunha de Sá (*Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997); Carlos Affonso Pereira de Souza (*Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013); Rosalice Fidalgo Pinheiro (*O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002), Keila Pacheco Ferreira (*Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007), Bruno Miragem (*Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013), Heloísa Carpena (*Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001), Eduardo Nunes de Souza (*Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 50. Abril/Jun 2012) e Alexandre Guerra (*Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011).

Portanto, este capítulo seguirá a seguinte estrutura: **(i)** será apresentado o conceito de abuso do direito, incluindo exposição sobre o surgimento desta figura e seus requisitos; **(ii)** serão estudados cada um dos parâmetros legais do abuso do direito (boa-fé, fim econômico ou social e bons costumes); e **(iii)** serão estudados os seus efeitos.

2.1. Análise histórica e conceitual

Tendo por premissa que a autonomia da vontade não é a absoluta nem ilimitada e que esta deve ser exercida conforme os fins a que se destinam, a figura do exercício inadmissível do direito, ou simplesmente abuso do direito – como foi cunhada no direito brasileiro –, visa limitar o exercício disfuncional de determinada posição jurídica, isto é, em contrariedade com o fundamento axiológico-normativo existente, o que será revisitado e aprofundado no decorrer deste capítulo.

Sobre a terminologia, parte da doutrina prefere a expressão “exercício abusivo de direito” ou “abuso no exercício do direito”, na medida em que a abusividade não atinge, nem interfere, no direito em si, que sempre permanecerá lícito, mas se refere, exclusivamente, ao exercício desse direito, que é, no caso concreto, abusivo e, conseqüentemente, antijurídico.¹⁰³

Afirma-se ainda, com base em famosa crítica do jurista francês Planiol – que vai além da terminologia para adentrar a natureza jurídica e autonomia do conceito de abuso do direito, a ser adiante abordada – que a expressão “abuso de direito” é uma logomaquia, uma contradição em termos, por justapor nomes inconciliáveis, na medida em que se o ato é abusivo, deixa de ser um direito.¹⁰⁴

Também existe na doutrina divergência¹⁰⁵ na adoção da terminologia, parte (majoritária) adotando abuso “do” direito e parte (minoritária) adotando abuso “de” direito.¹⁰⁶ Claramente prevalece a adoção da terminologia abuso “do” direito, com o que este trabalho concorda, pois se abusa de um direito específico, isto é, “do”

¹⁰³ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O abuso de direito. *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, n. 1, ISSN 1516-0351, p. 314-375, 2013, p. 358.

¹⁰⁴ JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica. *Revista Baiana de Direito*, v. 04, p. 255-292, 2009, item 3.

¹⁰⁵ Vale notar que se trata de mero rigor científico-conceitual, sem maiores efeitos práticos.

¹⁰⁶ Para mais detalhes acerca da discussão terminológica, opinando e adotando terminologia abuso “de” direito, vide JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica. *Revista Baiana de Direito*, v. 04, p. 255-292, 2009, item 3.

direito que se tem.¹⁰⁷ Não se trata de abuso do ordenamento como um todo, como indicaria ser caso se se adotasse a expressão abuso “de” direito.¹⁰⁸ A utilização abuso de direito pode decorrer, conforme notou Pontes de Miranda, de desatenção ou de indiferença à exatidão da terminologia¹⁰⁹.

O abuso do direito é um dos principais frutos da evolução do direito no último século, representando o direito de perfil funcional e valorativo que hoje vigora.¹¹⁰ Esta figura é produto da superação de diversos dogmas, notadamente da neutralidade do sistema jurídico e do caráter absoluto do direito subjetivo.¹¹¹ Os dois dogmas estão diretamente correlacionados e a superação destes ocorre, em especial, por força do movimento de funcionalização dos institutos jurídicos, já abordado anteriormente.

O primeiro dogma acima referido representava a ideia de que o direito seria uma ciência lógica, hermética, exata, cujas normas legais são neutras, devendo ser interpretadas e aplicadas sem influência ética, histórica ou valorativa. Por esse modelo fechado e exegético, o texto legal seria suficiente para a interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. O método de aplicação da norma neste modelo é silogístico, rígido, mecânico e dedutivo, por força do qual identifica-se a norma legal contendo a hipótese fática em questão, enquadrando-se esta àquela¹¹².

¹⁰⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, nota 18, p. 41. Essa posição já era adotada por Pontes de Miranda (GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108).

¹⁰⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 64.

¹⁰⁹ Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*, Parte Especial, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, tomo LIII, p. 71 apud GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 108

¹¹⁰ “A teoria dos direitos fundamentais, a força normativa dos princípios, a funcionalização dos conceitos e categorias, a priorização das situações existenciais em relação às patrimoniais, a repulsa ao abuso de direito, a progressiva consagração da boa-fé objetiva são algumas das ferramentas teóricas que ajudam a construir o perfil do direito civil do século XXI” (BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 300).

¹¹¹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 47. Sobre o abuso do direito ser produto da superação do direito subjetivo absoluto: “A teoria do abuso do direito, aliás, nasce como reação ao individualismo jurídico e à concepção absolutista dos direitos subjetivos. Como limite moral à concepção egoísta que por muito tempo circundou a esfera dos direitos subjetivos” (MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 94, n. 842, p. 11-44, dez. 2005, p. 5 de 34, documento eletrônico, obtido pela RT-Online).

¹¹² TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito*

A autossuficiência e racionalidade das leis dispensaria, portanto, qualquer análise finalística e valorativa, negando a influência de elementos históricos, culturais e econômicos.

O segundo dogma representa a ideia de que o direito subjetivo – poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para realização de um interesse próprio do sujeito¹¹³ – é quase ilimitado, atribuído exclusivamente ao interesse do seu titular¹¹⁴. A autonomia privada seria, como consequência, livre de amarras e controle, conquanto fosse respeitado o perfil estrutural do direito exercido e certos limites excepcionais impostos pelo sistema jurídico. Tal movimento é conhecido como voluntarismo jurídico, em que a vontade individual é exacerbada ao máximo¹¹⁵.

Ocorre que tais dogmas foram suplantados pela constatação de que fatos, normas e valores não podem ser dissociados. Não existe realidade jurídica distinta da realidade econômica ou social. Conforme apontou Miguel Reale, o Direito é tridimensional, significando que “fatos, valores e normas se implicam e exigem reciprocamente”.¹¹⁶

Neste sentido, a ciência jurídica não é neutra, fechada em si mesma e rígida, mas axiológica e aberta, marcada pela relatividade e historicidade. Da mesma forma que a sociedade está em constante mutação, as normas jurídicas também estarão. Não é possível apartar a ciência jurídica da realidade social, política e moral do direito. Daí a necessidade de o sistema jurídico possuir mecanismos que permitam

Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 26.

¹¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil*. Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 120.

¹¹⁴ Fala-se em quase porque mesmo sob concepções liberais do sistema jurídico, a vontade nunca foi ilimitada, sofrendo limites externos, tal como da noção de ordem pública. Neste sentido, vide SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 26, nota 48.

¹¹⁵ Sobre o voluntarismo jurídico, conferir SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 25.

¹¹⁶ Acerca da tridimensionalidade do Direito, firma o autor que: “a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor; b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta; c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 64-66).

a sua constante adaptação aos valores vigentes.

O fim da neutralidade significa que o ordenamento jurídico se abriu aos valores, adotando o sistema de cláusulas gerais e princípios¹¹⁷, que permitem manter o ordenamento jurídico aberto e em permanente mutação¹¹⁸, para que este constantemente se adapte aos valores vigentes, por meio da interseção com fundamentos éticos, sociais e culturais¹¹⁹.

Uma destas cláusulas gerais¹²⁰ é justamente o abuso do direito, que funciona como mecanismo de controle funcional de posições jurídicas, à luz dos valores e axiologia do ordenamento, consubstanciados nos mais variados princípios.

¹¹⁷ As cláusulas gerais têm por função “auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, livro eletrônico, § 16, item 1). No entanto, referir-se-á, adiante, primordialmente, aos princípios, entendendo-se que a distinção, para os fins deste capítulo, não é relevante, ainda que ela exista, conforme explicado por Judith Martins Costa: “Examinados os seis critérios, conclui-se que a distinção entre princípios normativos e cláusulas gerais não se dá nem pela linguagem, nem pela estrutura, sequer pela finalidade ou modo de raciocínio que ensejam. A distinção, quando existente, prende-se ao tipo de cláusula geral, pois, como se viu, nem sempre estas reenviam a valores. Entre os princípios normativos e as cláusulas gerais de tipo regulativo, que reenviam a realidades valorativas, não há distinção. Haverá distinção, no plano formal, entre princípios inexpressos legislativamente e as cláusulas gerais, pois estas estão expressadas em um enunciado normativo de fonte legal, sendo de rejeitar-se a ideia de uma «cláusula geral» inexpressa na lei, pelo alto grau de insegurança envolvido: não haveria, então, nenhuma ligação com a fonte legal e não se poderia mais falar de uma «delegação» de poderes do legislador ao juiz ou árbitro, para que esse construa a solução, fixando as eficácias conexas a determinada hipótese. Ou as cláusulas gerais são objeto de uma expressa formulação na lei – com a dupla abertura antes já mencionada – ou não se configuram como técnica legislativa. A se entender que há cláusulas gerais «implícitas» nenhuma distinção haverá entre essas espécies e os princípios e o problema se resumirá à etiqueta preferida pelo intérprete, o que, convenhamos, não é método afeito à Ciência Jurídica.” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, livro eletrônico, § 15, item 4). Em consonância com o acima exposto no sentido da cláusula geral ser técnica legislativa, vide a explicação de Keila Pacheco Ferreira: “É oportuno registrar que cláusula geral constitui uma técnica legislativa, uma formulação de preceitos legais por meio de formas vagas e multissignificativas, conforme concepção de Karl Engisch, que abrange uma grande generalidade de hipóteses, em contraposição ao método casuístico, que é uma técnica regulamentação por *fattispecie*, ou seja, por tipificação de fatos e condutas. O método casuístico é apontado como o principal fator de rigidez e envelhecimento dos códigos civis, enquanto às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da mobilidade, em virtude da imprecisão proposital de seus termos” (FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 130).

¹¹⁸ Conforme explica Judith Martins Costa, a abertura diz respeito ao ingresso, no ordenamento, de princípios, máximas de conduta, *standards* e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a «adequação valorativa» do sistema. Já a mobilidade diz respeito à acomodação, no interior do sistema, desses novos elementos, conectando-os, num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, livro eletrônico, § 16, item 1). Acerca de abertura e mobilidade, vide, ainda, nota 45, acima.

¹¹⁹ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 60, p. 193-213, 2015, p. 200.

¹²⁰ Ao final deste item abordaremos a classificação do abuso do direito como cláusula geral.

Os princípios – normas imediatamente finalísticas que estabelecem um fim a ser atingido¹²¹ – são reflexo de uma guinada hermenêutica que dá primazia à função sobre a estrutura. Prioriza-se a função, finalidade e efeitos dos institutos sobre a qualificação destes. Haja vista que a função é preenchida com intensa carga valorativa, a análise do perfil funcional permite que os institutos jurídicos estejam sempre em consonância com os fins e valores do ordenamento e, portanto, em constante mutação e evolução.¹²²

O intérprete deixa de lado a postura neutra para considerar a realidade social dos institutos jurídicos, o que faz através dos valores do ordenamento, estabelecidos na constituição federal, lei suprema do ordenamento jurídico. Se trata da funcionalização dos institutos jurídicos e da autonomia privada, a que se já fez referência neste trabalho.¹²³ A partir de então, passou-se a dar prevalência à função sobre a estrutura.

Disto se depreende a conexão entre os dois dogmas destacados acima e o movimento de funcionalização do direito: a superação do mito da neutralidade do sistema jurídico ocasionou a abertura deste a valores extrajurídicos, superando-se, por sua vez, a visão de liberdade praticamente ilimitada e do direito subjetivo absoluto. O direito subjetivo deixa de atender apenas a fins egoísticos de seu titular para passar a tutelar interesses socialmente relevantes, dignos de tutela pelo ordenamento, assumindo conteúdos solidaristas.¹²⁴ Por este motivo Pietro

¹²¹ Enquanto os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas, as regras preveem condutas que serem à realização de fins devidos. Ainda que dotados de elevada carga axiológica e valorativa, os princípios não se confundem com valores, pois estes últimos estão localizados no plano axiológico ou meramente teleológico, diferentemente dos princípios, que estão situados no plano deontológico. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 79, 85 e 87).

¹²² “Embora o perfil do interesse e de efeito sejam também importantes para se refletir acerca da normativa aplicável a cada situação, hoje o perfil funcional é o mais relevante nessa distinção, pois utiliza o recorte fático para refletir sobre a específica função daquela situação no ordenamento jurídico, com todas as circunstâncias que o caso determina, através de um profícuo diálogo entre a norma e a realidade, de modo que este é o ponto de partida para a qualificação da situação jurídica subjetiva. A ideia fundamental é que a função pode acompanhar as mudanças da sociedade, sendo, portanto, um conceito contextual e socialmente construído.” (KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 6).

¹²³ Sobre função e funcionalização, vide KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principialização" da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, vol.13, p. 39-59. jul./set. 2017, pp. 41-42.

¹²⁴ “As situações subjetivas sofrem uma intrínseca limitação pelo conteúdo das cláusulas gerais e especialmente daquela de ordem pública, de lealdade, de diligência e de boa-fé, que se tornaram expressões gerais do princípio de solidariedade. O ordenamento reconhece a propriedade de um

Perlingieri se referia não mais ao direito subjetivo, mas sim à situação jurídica subjetiva, em que existe um interesse juridicamente tutelado, com limites internos.¹²⁵ Essa situação jurídica subjetiva enseja não apenas direitos ao seu titular, como também deveres, configurando uma situação jurídica complexa.

A análise funcional do direito significa que qualquer atuação disfuncional não será admitida pelo sistema jurídico. A violação dos limites internos de determinada situação jurídica subjetiva resultará na não tutela desta pelo ordenamento. Não se tratam, portanto, de limites externos da situação jurídica subjetiva, e sim internos, razão pela qual tais limites correspondem à análise da própria função, conforme seu fundamento axiológico-normativo.

Pedro Baptista de Martins, tratando do abuso do direito na década de 40, já destacava o caráter funcional dos direitos: “não há direitos absolutos, porque a norma jurídica que confere direitos subjetivos é sempre uma norma finalística, onde se acha implícita a ideia funcional ou social do direito”.¹²⁶

Assim, pode-se afirmar que o abuso do direito é o exercício do direito em desconformidade com a sua função, o que se verifica através de uma análise funcional do exercício do direito, que se valerá tanto de elementos finalísticos como axiológicos.¹²⁷

A despeito do abuso do direito ter desenvolvido a partir do exercício do direito subjetivo, é pacífico na doutrina que o abuso do direito não se restringe ao exercício disfuncional do direito subjetivo, mas de qualquer situação jurídica subjetiva e de todo exercício de prerrogativa conferida pelo ordenamento, incluindo, portanto, poderes jurídicos, direitos potestativos, faculdades e liberdades.¹²⁸

O abuso do direito surgiu a partir dos atos emulativos, que são aqueles atos

bem, a titularidade de um crédito, somente enquanto o direito for exercido em conformidade com as regras; se assim não acontecer, o interesse não será nem reconhecido e nem tutelado. Apresentam-se, assim, duas importantes figuras: o abuso da situação subjetiva e o excesso de poder” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil*. Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122).

¹²⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil*. Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 122.

¹²⁶ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do direito e o ato ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 226.

¹²⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 72-73.

¹²⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 74-75.

praticados com o objetivo primordial de prejudicar terceiros.¹²⁹ No entanto, com estes não se confundem, pois o abuso do direito evoluiu para se tornar uma figura autônoma e com características próprias. Enquanto todo ato emulativo é abusivo, nem todo ato abusivo é emulativo. Este último requer a constatação da vontade e intenção de prejudicar terceiro, isto é, um elemento volitivo subjetivo, ao passo que o ato abusivo passou a ser pautado por critérios objetivos, dispensando a verificação de dolo ou culpa ou mesmo de dano. Ainda que não se exija a comprovação da vontade de prejudicar, o ato emulativo terá como requisito a falta de vantagem para o titular e o prejuízo a terceiro, o que certamente não se exige para o ato abusivo¹³⁰.

O desenvolvimento inicial dos atos emulativos para abusivos é atribuído aos tribunais franceses¹³¹, destacando-se na doutrina dois precedentes judiciais, envolvendo típicos atos de emulação no âmbito das relações de vizinhança: **(i)** um de 1853, em que o Tribunal de Colmar condenou o proprietário que construía falsa chaminé para vedar a entrada de luz ao vizinho com quem havia se desentendido; **(ii)** outro de 1915, em que o Tribunal de Amiens condenou Coquerel, que construiu em seu terreno um dispositivo de espigões de ferro com o objetivo de destruir os aeróstatos lançados pelo proprietário vizinho, Clément-Bayard.¹³²

Conforme bem notou Carlos Affonso Pereira de Souza, “a jurisprudência francesa foi chamada a decidir sobre casos em que a vontade livre e soberana do titular de um direito subjetivo, ao ser exercida, causava danos a terceiros, titulares esses também de direitos subjetivos, cujo desempenho era prejudicado pelo

¹²⁹ Conforme doutrina de Menezes de Cordeiro, “*aemulatio* é o exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar alguém” (Menezes Cordeiro, Antonio Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011 (4ª reimpressão), p. 673. O ato emulativo se encontra previsto no § 2º do artigo 1.228 do Código Civil: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

¹³⁰ Sobre atos emulativos e os requisitos acima referidos, vide PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil*. Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 232-234.

¹³¹ Não havia nem há na legislação francesa qualquer previsão expressa ao abuso do direito. Cf. SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Abuso do direito. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Outubro de 2017. *Enciclopédica Jurídica da PUCSP*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito>>. Acesso em 16/06/2022.

¹³² A título exemplificativo, pois esses casos são bastante citados na doutrina, vide menção em LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49-68, 2009; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 59. Acesso pela RT-Online, p. 10; e MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do direito e o ato ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, pp. 52-56. Sobre o caso de Clément-Bayard, vide ainda <<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007070363>>.

exercício do direito daquele primeiro titular.”¹³³ Disto conclui o autor que tais julgados tinham por objetivo de limitar um direito subjetivo para preservar outro direito subjetivo, em razão da ameaça que o titular do primeiro direito fazia, sob o manto e proteção de um direito reconhecido pelo ordenamento, ao direito do segundo. Trata-se, portanto, de um limite externo e não interno. Não se fazia uma análise funcional e valorativa do direito.¹³⁴

A figura do abuso do direito foi primeiramente positivada no Código Civil suíço de 1907, artigo 2º, prevendo que o abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei, perfilhando a concepção objetiva da figura, mas que não teve, contudo, grande aceitação. A doutrina e jurisprudência alemã, não tendo dispositivo expresso que tratasse do abuso do direito, passou a recorrer em interpretação conjunta aos dispositivos que tratam de bons costumes, boa-fé e atos emulativos para criar a teoria jurídica moderna do exercício abusivo de posições jurídicas.¹³⁵

Posteriormente, tal figura foi positivada no artigo 281 do Código Civil grego de 1946 e, por influência deste, no artigo 334 do Código Civil português¹³⁶ e, por sua vez, no artigo 187 do Código Civil Brasileiro.

A concepção objetiva que foi atribuída ao abuso do direito, na forma hoje prevalente em boa parte dos ordenamentos jurídicos¹³⁷, resulta da evolução do

¹³³ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 55.

¹³⁴ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 59.

¹³⁵ Vide trecho completo em que a Teresa Ancona Lopez explica tal desenvolvimento histórico: De outro lado, nesse mesmo período e de forma moderna e pioneira, deve ser lembrada a regra do art. 2.º do Código Civil suíço de 1907: ‘Todos têm que exercer seus direitos e executar suas obrigações segundo as regras da boa-fé. O abuso manifesto de um direito não é protegido pela lei’. Esse texto revolucionário de influência alemã não encontrou na época respaldo dos tribunais. Como na Alemanha a aplicação do § 226 falhou, pois não bastava para explicar o exercício inadmissível de direitos, recorreu-se, então, ao § 826, que determinava que “aquele que, de uma forma que atente contra os bons costumes, cause dolosamente dano a outrem fica obrigado a indenizar o dano”. Recorria-se, portanto, aos “bons costumes”, ou seja, à ética e ao decoro que, juntamente com o § 226, os atos de emulação, começavam a interpretar o exercício abusivo de posições jurídicas. Porém ainda era insuficiente. Buscou-se uma cláusula geral que desse fundamento ao exercício inadmissível do direito. Essa cláusula geral foi a do § 242 do BGB - Treu und Glauben -, a cláusula geral da boa-fé objetiva e que dispõe que o devedor está obrigado a executar a prestação como o exige a boa-fé, em consideração aos costumes do tráfico jurídico.” (LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49-68, 2009. Acesso pela RT-Online, p. 5).

¹³⁶ CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 93, n. 830, p. 27-45, dez. 2004. Acesso pela RT-Online, p. 5.

¹³⁷ Como exemplo de país que não seguiu esse caminho, “Na França, berço do abuso do direito moderno, o instituto manteve-se ligado à culpa e ao ato ilícito” (LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49-68, 2009. Acesso pela RT-Online, p. 5).

conceito de ilicitude, tradicionalmente vinculado à responsabilidade civil e aos pressupostos que a informam, notadamente a culpa.¹³⁸

Conforme explica Judith Martins Costa, “a ilicitude, para além de restar confundida com a culpa, era verdadeiramente construída, conceitualmente, a partir do seu efeito mais corriqueiro e geral, qual seja a obrigação de indenizar por dano ao patrimônio”¹³⁹. No entanto, justamente pela evolução do sistema jurídico acima tratada, a referida professora explica que se passou a discernir ilicitude de mera ilegalidade, “compreendendo-se a ilicitude como a contrariedade ao Direito entendido como Ordenamento composto por princípios e regras e polarizado por uma precisa finalidade”¹⁴⁰. A contrariedade ao ordenamento não precisa ser culposa, bastando que seja imputável a alguém.¹⁴¹

¹³⁸ Assim explica Marcos Bernardes de Mello: “A arraigada ideia de que a culpa seria um componente essencial da ilicitude levou a doutrina a adotar soluções técnicas para justificar a sua presença onde, na realidade, não existe. Assim é que se fala em culpa objetiva, culpa presumida, fictícia, ou mesmo em inversão do ônus da prova, dentre outras propostas com que, tecnicamente, se procura com tornar a realidade do ato ilícito sem culpa, para fazê-lo culposos.

No entanto, o sistema jurídico brasileiro não se cingiu à culpa; adotou o princípio da transubjetividade na responsabilidade civil, em razão do qual se estabelece um nexos entre o fato danoso e o homem, que transcende à pura subjetividade da culpa e não se compraz com a só objetividade do risco: vê-se a contrariedade a direito objetivamente, imputando-a a alguém a ela ligado, em razão de certos pressupostos de natureza subjetiva” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 290-291).

¹³⁹ COSTA, Judith Martins. *Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>. Página 12 do arquivo.

¹⁴⁰ COSTA, Judith Martins. *Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>. Página 13do arquivo.

¹⁴¹ Aprofundando o conceito de ilicitude, Judith Martins Costa explica que: “A licitude demarca, portanto, o modo de coexistência numa comunidade ordenada pelo Direito, de modo que: (i) há ilicitude quando há contrariedade às regras de dever-ser postas no Ordenamento jurídico compreendido como uma dinâmica e complexa totalidade de regras, princípios e modelos jurídicos derivados das quatro fontes de produção de normatividade, quais sejam, as fontes legal, jurisprudencial, consuetudinária e jurisprudencial; (ii) há formas de ilicitude a priori detectáveis, porque a conduta contrária ao Direito já vem descrita com suficiente previsão na norma legal; (iii) essa não é, porém, a única forma de ilicitude pois há “configurações de ilicitude” que se dão de realizar depois de constituído um particular “contexto situacional” tramado pela conexão entre elementos fáticos (por exemplo, uma situação de confiança legítima, quando alguém pratica ou deixa de praticar algo porque acredita na regularidade de certa conduta alheia) e jurídicos (por exemplo, os princípios conducentes à responsabilização pela confiança; ou as regras de exclusão de ilicitude do art. 188 ou ainda as regras de validação de situações possessórias como as resultantes da usucapião, etc)” (COSTA, Judith Martins. *Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>. Página 14 do arquivo).

Esta evolução do conceito de ilicitude, que passou a prescindir dos elementos de culpa e dano e se tornou mais ampla, ligada à violação dos valores e fins da ordem jurídica, decorre, em parte, da abertura do sistema jurídico à princípios e valores, acima abordada.¹⁴² E dessa evolução resultou a figura do abuso do direito.

A responsabilidade civil que resulta da prática do ilícito referido no artigo 186 do Código Civil¹⁴³ não se confunde com o abuso do direito, que pode ou não resultar em responsabilidade civil daquele que abusa do direito, conforme gere ou não danos, bem como prescinde do elemento de culpa¹⁴⁴, diferentemente do dano resultante do ilícito do artigo 186.

O Código Civil brasileiro de 1916 não previa expressamente a figura do abuso do direito, mas uma interpretação a *contrario sensu* do inciso I, 2ª parte, a previa, no sentido que os atos que não fossem praticados no exercício regular do direito seriam considerados ilícitos¹⁴⁵. Já naquela época havia o entendimento doutrinário de que a lei adotara uma concepção objetiva, pois o exercício irregular seria aquele que desnatura os fins econômicos ou sociais do direito, assentando-se o abuso do direito em uma concepção puramente objetiva, conforme já defendia Pedro Baptista Martins na década de 1940¹⁴⁶.

Já o Código Civil brasileiro previu expressamente o abuso do direito, sob o artigo 187¹⁴⁷, mas não sem críticas da doutrina. A inclusão do artigo 187 dentro do Título III do Capítulo V do Livro III da Parte Geral do Código Civil, destinado aos

¹⁴² “O cerne da ilicitude consiste, precisamente, em ser o fato – evento ou conduta – contrário a direito, no sentido de que nega os valores e os fins de ordem jurídica, violando as suas normas e princípios, e é praticado ou está vinculado a alguém imputável. Nem a culpa na prática do ato nem o dever de indenizar os danos constituem elementos essenciais à caracterização do ilícito. Portanto, pode haver dever de indenizar sem que haja ilícito, como pode haver ilícito sem dever de indenizar. Também não se exige, como condição essencial, que haja culpa para que se caracterize o ilícito.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 160, nota 148).

¹⁴³ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

¹⁴⁴ A culpa pode ser pressuposto da responsabilidade civil, mas jamais da ilicitude (CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 60). Diverge-se dessa autora no que concerne à culpa ser requisito da indenização decorrente de abuso do direito, conforme se mencionará adiante.

¹⁴⁵ “Artigo 160. Não constituem atos ilícitos: I – Os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

¹⁴⁶ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do direito e o ato ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 141.

¹⁴⁷ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

atos ilícitos, foi considerada por Heloísa Carpena¹⁴⁸, levando ao possível entendimento de que o ato abusivo seria um ilícito e, por sua vez, seria regido pelo regramento aplicável aos atos ilícitos. O legislador, talvez arraigado ao conceito de ilícito, categorizou o abuso do direito como ato ilícito. Parte da doutrina defende, contudo, a localização e forma da inserção, na medida em que submete o ato abusivo ao regime jurídico do ato ilícito e, com isto, torna possível a responsabilização daquele que praticou abuso¹⁴⁹.

Planiol, jurista francês que tratou do tema ainda no século XIX, afirmava que a expressão abuso do direito seria logomaquia, conforme já mencionado, mas a crítica ia além da terminologia, negando-a como categoria jurídica, sustentando este que o ato abusivo nada mais é que o ato realizado sem direito e, portanto, um ilícito. Para ele, o direito cessa onde começa o abuso, não sendo possível um ato ser conforme e contra o direito.¹⁵⁰ Refutando este raciocínio, o autor português Cunha de Sá defende que entre o lícito e o ilícito existe um terceiro gênero, que não é, propriamente, nem um nem outro. Não há contrariedade no abuso do direito porque não se está a negar, simultaneamente, a mesma coisa sob o mesmo aspecto. Explica muito bem o jurista português que “a figura do abuso do direito apareceu, exatamente, como a noção reveladora da imperfeição da lógica tradicional que não vê outra alternativa entre as categorias da licitude e ilicitude, afirmando, precisamente, a existência do acto abusivo entre os actos proibidos”.¹⁵¹

A despeito disso, existe consenso na doutrina que não se trata de ato ilícito propriamente dito, já dizendo Orlando Gomes, décadas atrás, que tal consideração era equivocada e se encontrava ultrapassada¹⁵². Da mesma forma se posicionava Pedro Baptista Martins, conforme mencionado logo acima. Isso significa que é consentâneo na maior parte da doutrina que o abuso do direito não exige a análise

¹⁴⁸ CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002 - Relativização de direitos na ótica civil-constitucional In *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 392. Também criticando a inserção como ato ilícito, vide TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado: Conforme a Constituição da República* – Vol. III. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 346.

¹⁴⁹ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 271.

¹⁵⁰ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do direito e o ato ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 203.

¹⁵¹ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 332.

¹⁵² GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. 19ª ed. Atualizada por Edvaldo de Brito e Reginalda Paranhos de Britos Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 123.

de qualquer elemento de índole subjetiva. Poucos autores defendiam ou ainda defendem a corrente subjetivista do abuso do direito, podendo-se mencionar, na doutrina nacional Washington de Barros, Serpa Lopes, Humberto Theodoro Junior, Rui Stoco e Inácio de Carvalho Neto.¹⁵³

A concepção subjetiva do abuso do direito esvaziaria por completo o instituto, pois a vedação ao abuso do direito visa justamente se aplicar ao exercício de uma posição jurídica de forma disfuncional, em contrariedade aos valores axiológicos do ordenamento, as quais não constituem, contudo, uma violação do direito positivo. São situações antijurídicas que não constituem nem um ilícito propriamente dito, nem podem ser consideradas lícitas.

Caso houvesse a exigência de que fosse comprovada a intenção de prejudicar terceiro ou mesmo que tenha agido culposamente, sem observar os deveres de cuidado que lhe seriam esperados, o instituto se tornaria ineficaz. O abuso do direito visa afastar o exercício de posições jurídicas disfuncionais independentemente da culpa do abusador do direito, conforme valores informados pela boa-fé, bons costumes e função social e econômica no caso concreto. A aferição da posição abusiva é objetiva e em concreto, em um critério “objetivo-finalístico”¹⁵⁴.

O artigo 187 tem suporte fático e pressupostos distintos do artigo 186, de modo que ao abuso do direito não se aplica o regime da responsabilidade civil e portanto, prescinde dos seguintes elementos: **(i)** culpa; e **(ii)** dano. Caso contrário, não faria sentido haver distinção entre os institutos do artigo 186 e 187 do Código Civil.¹⁵⁵ O artigo 186, que configura a responsabilidade civil, exige a violação de um direito mediante conduta culposa, gerando um dano que tenha nexo de causalidade com a conduta culposa. Se assim fosse, poderia o legislador ter adotado um único artigo para reger as duas situações. É evidente que o legislador pretendeu, com essa separação, estabelecer dois tipos de ilícitos.

¹⁵³ PERES, Tatiana Bonatti. Abuso do Direito. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 43/2010, p. 9 - 71, Jul-Set/2010, p. 21 de 45 de documento eletrônico, acesso pela RT-Online, item 6.3, pp. 23-24 de 45.

¹⁵⁴ É esse o conceito e a terminologia adotado pelo enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

¹⁵⁵ BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 298.

O artigo 187 estabelece requisito diverso para configuração do ilícito, que é seu exercício de forma disfuncional com limites de conteúdo valorativo¹⁵⁶. Trata-se, portanto, de dois conceitos de ilicitude: um *stricto sensu* no artigo 186¹⁵⁷ e outro *lato sensu* no artigo 187. Pode-se afirmar, nesta linha, que o primeiro é um ilícito subjetivo, que exige os pressupostos clássicos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva e o segundo um ilícito objetivo, que dispensa a verificação da culpa e de dano, se pautando por critérios axiológicos.¹⁵⁸

No abuso do direito, existe uma aparência de direito, pois o agente atua em consonância formal e aparente com determinada norma, mas esta atuação contraria os valores que norteiam o exercício do direito que lhe é conferido, ao passo que no ato ilícito o agente viola objetivamente os próprios limites traçados pela lei.¹⁵⁹ Isto significa que estruturalmente e, por sua vez, formalmente (e, por sua vez, aparentemente) existe direito, mas funcionalmente e materialmente, não, haja vista a falta de fundamento axiológico tutelável pelo ordenamento.¹⁶⁰ Em outras palavras, em ambos os casos há antijuridicidade, mas no ilícito propriamente dito há inobservância de limites lógico-formais, enquanto que no abuso do direito, há inobservância de limites axiológico-materiais¹⁶¹. São ferramentas jurídicas de controle diversas.

Reforçando o acima exposto, recorre-se a Heloísa Carpena:

O ilícito, sendo resultante da violação de limites formais, pressupõe a existência de concretas proibições normativas, ou seja, é a própria lei que irá fixar limites para o exercício do direito. No abuso não há limites definidos e fixados aprioristicamente,

¹⁵⁶ “O critério a adotar para a identificação da essência do abuso do direito é, insista-se, interno e estrutural, e refere-se ao confronto entre a direção do ato de exercício e o sentido que ao direito subjetivo é determinado pelo valor que lhe é inerente. A juridicidade do problema só pode ser compreendida a partir da ideia de valor, pelo qual o comportamento do sujeito se orienta e pelo qual se vai aferir a abusividade da mesma conduta, como elemento integrante do próprio direito subjetivo.” (CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 57).

¹⁵⁷ Neste sentido afirma Marcos Bernardes de Mello, ao tratar da teoria do fato jurídico: “É importante ressaltar que a norma do art. 186 não se refere à ilicitude como gênero, mas, na verdade, define uma espécie de ato ilícito. o ato ilícito *stricto sensu*, também chamado delito ou ato ilícito absoluto. As outras espécies de ilícitos estão definidas em outras normas jurídicas específicas” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 283).

¹⁵⁸ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, pp. 143-144.

¹⁵⁹ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 31.

¹⁶⁰ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 461 e 468.

¹⁶¹ CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002 - Relativização de direitos na ótica civil-constitucional In *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381.

pois estes serão dados pelos princípios que regem o ordenamento, os quais contêm seus valores fundamentais. Por este mesmo motivo pode-se afirmar que o abuso supõe um direito subjetivo lícito atribuído a seu titular, que, ao exercê-lo, o torna antijurídico. Já o ilícito, por ser contrário à disposição legal, mostra-se previamente reprovado pelo ordenamento, não comportando controle de abusividade. Os conceitos de ilícito e de abuso, por conseguinte, excluem-se mutuamente.

Na mesma linha, recorre-se também à lição do doutrinador português Cunha de Sá:

Ora, o abuso do direito é, precisamente, o fenómeno revelador que de o direito subjectivo não pode ser abstractamente encarado com meros termos conceitualistas, que o mesmo é dizer formalistas, pois que em certa e determinada situação, experimentalmente concreta, podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um dado direito subjectivo e, simultâneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um direito subjectivo. Neste encobrir, consciente ou inconscientemente, a violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito é que reside o cerne, a essência do abuso do direito.

Abusa-se de determinado direito, abusa-se da estrutura formal desse direito, quando numa certa e determinada situação concreta se coloca essa estrutura ao serviço de um valor diverso ou oposto do fundamento axiológico que lhe está imanente ou que lhe é interno. Nesta aparência da estrutura que finge objectivamente o direito é que está, afinal, o abuso desse direito.¹⁶²

Conforme bem nota Cunha de Sá, existe uma obrigação de atuar no exercício o direito não só dentro dos respectivos limites lógico-formais, como também em conformidade com o elemento valorativo que o fundamenta, estando tal imposição implícita no juízo de antijuridicidade sobre o comportamento abusivo. Afirmo o autor que “há o dever de evitar o abuso nos mesmos termos e pelas mesmas razões por que há o dever de não praticar o ilícito; sob este aspecto não há nenhuma diferença material ou de substância entre a antijuridicidade específica do abuso do direito e a que é própria da ilicitude (formal).”¹⁶³

Sintetizando muito do exposto acima, Carlos Affonso Pereira de Souza dispõe que:

¹⁶² SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 456. Afirma ainda o autor, mais adiante: “Em toda e qualquer prerrogativa jurídica, é-nos dada uma estrutura que é axiologicamente fundada; se o sujeito viola o íntimo sentido da faculdade que lhe é reconhecida ou concedida, se o seu concreto comportamento é o oposto do valor que materialmente lhe preside e a orienta mas se mascara, na aparência, com o respeito dos limites lógico-formais da norma que a concede ou reconhece, se finge (ou se acoberta com) os quadros estruturais de uma determinada faculdade, deparamo-nos com a mesma realidade dogmática que tecnicamente vem sendo individualizada como abuso do direito.” (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 616-617).

¹⁶³ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 641.

Dessa forma pode-se perceber que no ato ilícito a violação do comando legal implica a superação dos limites lógico-formais do direito, ao passo que no ato abusivo se tem a infração não à estrutura formal do direito, mas, sim, aos valores que o ordenamento jurídico busca alcançar com aquele determinado direito, poder ou liberdade concedida ao agente. A violação aqui atinge, portanto, a função destinada àquele instituto, sendo essa a razão pela qual se pode falar em "inobservância dos limites axiológico-materiais".¹⁶⁴

Nota-se posicionamento de parte da doutrina que defende que o abuso do direito se configuraria por força da “não realização dos interesses de que esse direito é instrumento e na negação de interesses sensíveis de outrem”. Esse é o posicionamento defendido por Jorge Manuel Coutinho de Abreu, autor português que produziu obra monográfica sobre o tema na década de 1980. O autor não afirma que o dano propriamente dito constitui requisito do abuso do direito, mas é preciso que o exercício de um – aparente – direito se projete na esfera de interesses de outrem – o que pode ser entendido, contudo, como dano –, bem como que o exercício não traga nenhuma vantagem para aquele que o está exercendo, independentemente de intenção de prejudicar.¹⁶⁵ Esse posicionamento não merece prosperar como conceituação do abuso do direito, mas é útil como mais um critério para identificação de situações abusivas, observados os parâmetros legais, que serão adiante estudados. Desta feita, pode ser útil o conceito de não utilidade, sem vinculá-lo, contudo, aos pressupostos dos atos emulativos ou da responsabilidade civil. No Brasil, essa teoria foi admitida, com ressalvas, por Milton Flávio de Almeida Camargo Lautenschläger, reconhecendo, porém, sua problematicidade, pois há casos em que o exercício do direito gera utilidade para um e prejuízo para outrem, sugerindo o autor que neste tipo de caso se recorra a uma análise valorativa, nos termos dos parâmetros do artigo 187 do Código Civil.¹⁶⁶ O autor acaba por

¹⁶⁴ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 80-81.

¹⁶⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, 1983, pp. 42-45.

¹⁶⁶ Vide LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2007, pp. 49-51. Em obra posterior, o autor propõe os seguintes critérios para configuração do abuso do direito, em linha com a proposta anterior da obra anterior, tendo feito alguns retoques: “Ao nosso ver, repise-se, o aplicador do direito poderá identificar a ocorrência do abuso: a) no comportamento emulativo (situação em que se presume a violação a todos os valores supra referidos); b) no comportamento que, embora desprovido do caráter emulativo, não gera vantagem ao agente e revela-se desvantajoso ao terceiro (caso em que se presume ao menos infringência aos fins econômicos e sociais); e c) no comportamento que, embora imponha utilidades para um e desutilidades para outro, se mostre, em uma análise da jurisprudência e/ou da doutrina pelo magistrado, contrário aos valores, princípios e máximas de condutas que compõem à “unidade conceitual e valorativa” do Código Civil, abrangidos aí, evidentemente, o fim econômico e social, os bons costumes e a boa-fé” (LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo.

recorrer justamente aos critérios estabelecidos pelo legislador, o que reforça a escolha acertada do legislador em adotar uma concepção objetiva-finalística-axiológica da teoria do abuso do direito.

Interessante notar, ainda, o papel de equilíbrio atribuído por Pedro Baptista Martins ao abuso do direito, nos seguintes termos:

À teoria do abuso do direito é que está confiada a importante missão de equilibrar os interesses em luta e de apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos, condenando, como ante-sociais, todos os atos que, apesar de praticados em aparente consonância com a lei, não se harmonizam, na essência, com o espírito e a finalidade desta mesma lei.¹⁶⁷

Acerca dos requisitos do abuso do direito, a configuração do abuso do direito requer a existência de um direito ou prerrogativa legal, sob o ponto de vista estrutural, ainda que materialmente não o tenha. Afinal, para se alegar abuso do direito, é preciso reconhecer que a pessoa que estaria abusando de determinado direito possui este direito, ainda que se constate sua ilicitude subjetiva. Portanto, esse seria o primeiro requisito do abuso do direito.¹⁶⁸

Outro requisito a ser considerado é a sua manifesta existência, pois o advérbio "manifestamente" aparece qualificando o exercício abusivo do direito no artigo 187 do Código Civil¹⁶⁹. Parte da doutrina, que parece ser a mais correta, entende que tal advérbio é desnecessário, para não dizer prejudicial, pois a circunstância de o ato ser manifesto não constituiria elemento do ato abusivo. Os critérios do ato abusivo são, tão somente, os limites axiológicos impostos pelo ordenamento. Portanto, tal advérbio apenas criaria incertezas e dúvidas sobre a sua aplicação e alcance, sem nada acrescentar de útil.¹⁷⁰ Outra parte da doutrina

Responsabilidade Civil por Abuso do Direito, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 997, p. 331-361, 2018).

¹⁶⁷ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do direito e o ato ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 16.

¹⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 144 e GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 158.

¹⁶⁹ A inserção de tal advérbio "tem sua origem nos artigos correspondentes no Código Civil português, no Código grego e no art. 2.º do Código Civil suíço de 1907, que serviram de fonte ao mesmo dispositivo" (LOPEZ, Teresa Ancona. *Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49-68, 2009. Acesso pela RT-Online, p. 10.).

¹⁷⁰ Neste sentido, vide CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002 - Relativização de direitos na ótica civil-constitucional In *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 392-393. Bruno Miragem afirma que seria uma "espécie de intensidade que pode ser vislumbrada de modo impróprio, seja associada ao nível de consciência ou intencionalidade do

defende, contudo, a inserção da expressão, enxergando-a como uma “válvula de segurança”¹⁷¹, pois o abuso do direito é, essencialmente, uma conduta excessiva (e não moderada)¹⁷² e excepcional¹⁷³, presumindo-se que o abuso deve ser absolutamente evidente.

Os demais elementos são os critérios axiológicos constantes do artigo 187 do Código Civil, os quais serão estudados no item seguinte deste capítulo.

O dano, que é requisito para a responsabilidade civil, pode advir ou não do abuso do direito, mas não é elemento necessário. Para que haja indenização daquele que foi lesado pelo abuso do direito de terceiro, é preciso que haja dano, mas, conforme adiante abordado, o abuso do direito tem efeitos que não se restringem à indenização, que costumam, inclusive, ser mais eficazes e adequados do que a indenização.¹⁷⁴ Portanto, a verificação do abuso do direito prescinde do dano. O dano é pressuposto da imputação de responsabilidade, mas não da configuração do abuso do direito.¹⁷⁵ Essa posição é bastante sedimentada na doutrina¹⁷⁶. Nota-se que o principal objetivo do abuso do direito não é reparar prejuízo – que pode nem existir –, mas de frear o exercício de posições jurídicas disfuncionais e, ao mesmo tempo, assegurar o cumprimento dos fins axiológicos do exercício de determinada posição jurídica. Vai além, portanto, da função reparatória, possuindo também

agente, ou mesmo ao grau de violação dos limites impostos pela lei”, não auxiliando na “correta interpretação objetiva e teleológica do abuso do direito previsto na norma (MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 94, n. 842, p. 11-44, dez. 2005. Acesso via RT-Online, p. 13 e MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 147).

¹⁷¹ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49-68, 2009. Acesso pela RT-Online, p. 10.

¹⁷² FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 142.

¹⁷³ CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. Teoria da confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2004 apud LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49-68, 2009. Acesso pela RT-Online, p. 10. O referido autor português afirma que “a preclusão do exercício de um direito constitui efetivamente um recurso último, apenas justificável em situações extremas”, sendo este o sentido da prática abusiva, constituindo, para o referido autor, “instrumento destinado a reprimir injustiças manifestas”.

¹⁷⁴ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, pp. 146-147.

¹⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 144.

¹⁷⁶ André Abelha cita como requisito a existência de dano, mas em nota de rodapé afirma que, “a bem da verdade, não seria necessário o dano propriamente dito; seria possível caracterizar o abuso com a simples ameaça” (ABELHA, André. *Abuso do direito no condomínio edilício*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2013, p. 34).

função preventiva. Daí não fazer sentido que o dano seja tido como requisito do abuso do direito.¹⁷⁷

Divergência conceitual de relevância prática que se verifica na doutrina é se a indenização por dano decorrente do abuso do direito prescinde ou não do elemento culpa. Parte da doutrina entende que a responsabilização por dano resultante de abuso do direito possui os mesmos requisitos da responsabilidade civil e, portanto, exige a verificação de culpa. Nesse sentido é o posicionamento de Cunha de Sá¹⁷⁸, Eduardo Nunes de Souza¹⁷⁹, Humberto Theodoro Júnior¹⁸⁰, Heloísa Carpena¹⁸¹, Tatiana Bonatti Peres¹⁸² e Gabriel Saad Kik Buschinelli¹⁸³, destacando-se a defesa do posicionamento deste último, no sentido de que a responsabilidade objetiva decorre apenas de previsão legal expressa – não sendo este o caso do abuso do direito, no entender do autor – e que não faria sentido impor responsabilidade mais gravosa (objetiva) para aquele que abusa do direito do que para aquele que “causa dano pura e simplesmente, sem invocar o exercício de um direito”¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Vide item 2.4, adiante, acerca dos efeitos do abuso do direito, bem como o Enunciado 549 da VI Jornada de Direito Civil, referido na nota 265, adiante.

¹⁷⁸ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 512 e 637-646.

¹⁷⁹ Eduardo Nunes e Souza defende que não seria responsabilidade objetiva, mas sim “responsabilidade subjetiva por culpa normativa” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, p. 77).

¹⁸⁰ CALCINI, Fábio Pallaretti. *Abuso do direito e o novo Código Civil*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 93, n. 830, p. 27-45, dez. 2004. Acesso pela RT-Online, p. 11 de 19.

¹⁸¹ “O ato abusivo ensejará responsabilidade civil nas mesmas condições que o ilícito, submetendo-se aos requisitos ou pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: dolo ou culpa, dano e nexos causal” (CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65).

¹⁸² PERES, Tatiana Bonatti. *Solidariedade e Abuso do Direito: a urgente necessidade de retomada dos valores morais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp. 123-124.

¹⁸³ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores*. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Secchi Munhoz. 2013. Dissertação (Mestrado). Curso de Direito Comercial. Universidade de São Paulo, USP, Brasil, 2013.

¹⁸⁴ O autor faz, convincentemente, a seguinte defesa a favor do critério subjetivo para imputação de responsabilidade por abuso do direito: “Nas hipóteses em que o abuso do direito gera dano, não é possível concordar com a doutrina segundo a qual a responsabilidade daí decorrente seria objetiva. Para esses doutrinadores, não seria necessário sindicarem o objetivo de causar dano ou a culpabilidade do agente para que este seja responsável por indenizar os danos a que der causa. Contudo, se a regra geral da responsabilidade civil pressupõe a culpabilidade (CC. art. 186: “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”), e se a responsabilidade objetiva é excepcional aos casos previstos em lei e aqueles em que a atividade normalmente implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (CC, art. 927, par. ún.), não é compreensível a razão pela qual não se exigiria a culpabilidade como requisito para a responsabilidade civil no exercício abusivo do direito. Aplicar a responsabilidade objetiva a essa hipótese significaria afirmar que aquele que age com base em um direito de que é titular, mas dele abusa, responde objetivamente, ou seja, de forma mais gravosa, ao passo que aquele que causa dano a outrem pura e simplesmente, sem invocar o exercício de um direito, responderia de forma mais branda, pois só cometeria ilícito se agisse com culpa ou dolo. O resultado é contraditório e, por isso, deve ser rechaçado. Se o abuso do direito causar danos a outrem,

Em sentido contrário, Bruno Miragem entende ser desnecessário demonstrar a culpa por parte do causador do dano decorrente do abuso do direito, haja vista que a culpa não integra o conceito de ilícito do artigo 187 e, por consequência, o nexo de imputação será também objetivo.¹⁸⁵ Alexandre Guerra desenvolve o tema de forma extensa, no sentido de ser objetiva a responsabilidade civil por abuso do direito, independentemente, portanto, da verificação de culpa.¹⁸⁶ Keila Pacheco Ferreira não é expressa sobre a desnecessidade de culpa para fins de reparação dos danos advindos do abuso do direito, mas dá a entender que para a configuração da indenização basta a comprovação do dano, além dos elementos do artigo 187.¹⁸⁷

É com a posição destes últimos autores que este trabalho se filia. Não parece ser lógico que a configuração do abuso do direito dispense a verificação de qualquer elemento subjetivo – com o que se concorda –, mas que a responsabilização pelos danos decorrentes do mesmo abuso do direito exija que a culpa seja comprovada¹⁸⁸.

Diverge também a doutrina acerca da exata natureza jurídica do abuso do direito, mas se trata de discussão doutrinária sem maiores efeitos práticos. Doutrina amplamente majoritária se posiciona pelo perfil objetivo do abuso do direito e o caracteriza, em alguma medida, como instituto autônomo do ato ilícito previsto no artigo 186 do Código Civil, definindo-o ora como ilícito *lato sensu*, ilícito *sui generis*, ilícito funcional ou como ilicitude objetiva, mas apesar da divergência terminológica e conceitual, todas têm o mesmo efeito.¹⁸⁹ Portanto, mesmo os

a responsabilidade daí decorrente ao agente que causar o dano é regrada pelo regime geral da responsabilidade civil, tendo natureza de responsabilidade subjetiva.” (BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores*. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Secchi Munhoz. 2013. Dissertação (Mestrado). Curso de Direito Comercial. Universidade de São Paulo, USP, Brasil, 2013, p. 37).

¹⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 186.

¹⁸⁶ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 314 e seguintes, em especial páginas 335 a 342.

¹⁸⁷ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, pp. 144-147.

¹⁸⁸ Essa é a posição de Heloísa Carpena e Tatiana Bonatti Peres, acima referidas.

¹⁸⁹ Sobre se tratar de ilícito *lato sensu*, vide SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 82 e TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado: Conforme a Constituição da República – Vol. III*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 346. Na mesma linha, Teresa Ancona Lopez afirma que o abuso do direito se trata de categoria autônoma e ato ilícito *sui generis*, de modo que aferição da conduta abusiva é objetiva (LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49-68, 2009. Acesso pela RT-Online, p. 10); Heloísa Carpena entende que o ato abusivo está situado no plano da ilicitude, mas com o ato ilícito não se confunde, tratando-se de categoria autônoma da antijuricidade (CARPENNA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro:

autores que o categorizam como ato ilícito, não negam a autonomia conceitual do abuso do direito, reconhecendo o perfil objetivo do artigo 187 do Código Civil.¹⁹⁰

O abuso do direito se aplica não só aos direitos subjetivos, conforme inicialmente desenvolvido pela doutrina estrangeira, mas a qualquer posição jurídica ou situação jurídica (subjetiva)¹⁹¹, que se sujeitam, sem exceções, ao controle valorativo-axiológico do ordenamento. Estas compreendem não apenas o direito subjetivo, como também as mais variadas prerrogativas jurídicas, tal como direito potestativo, deveres, ônus, entre outras.¹⁹²

À luz do exposto e conforme doutrina majoritária – e.g., Teresa Ancona Lopez¹⁹³, Bruno Miragem¹⁹⁴, Alexandre Guerra¹⁹⁵ e Keila Pacheco Ferreira¹⁹⁶ –, o abuso do direito constitui cláusula geral do ordenamento¹⁹⁷, na medida em que se encontra expressamente prevista no artigo 187 do Código Civil, remetendo o intérprete aos princípios da função social, da boa-fé e bons costumes, que são expressão dos valores éticos-sociais dominantes, de forma objetiva, no ordenamento.¹⁹⁸

Renovar, 2001, p. 60); e Rosalice Fidalgo afirma se tratar de antijurídico, por contrariar o direito, mas que não constitui em si mesmo um ato ilícito (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 294 e 307). Em linha um pouco diferente, mas possuindo o mesmo efeito prático, Bruno Miragem afirma se tratar o abuso do direito não de categoria autônoma, mas de “espécie de ilicitude objetiva” (MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 111). Afirmando ser ilícito funcional, vide CHAVES DE FARIA, Cristiano; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Vol. Único*. 5ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 438.

¹⁹⁰ Assim explica Alexandre Guerra, afirmando que o legislador classificou o abuso do direito como ilícito, mas que isso não lhe retiraria sua autonomia conceitual em relação ao “ilícito subjetivo”, devendo a ilicitude do abuso do direito ser considerada de forma objetiva (GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 276-277). Também pode ser aqui referido Bruno Miragem e Nelson Rosenvald, Cristiano Chaves e Felipe Braga Netto, referidos na nota anterior.

¹⁹¹ Conferir, a respeito da mudança da concepção de direito subjetivo para situação subjetiva, PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121.

¹⁹² FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, pp. 152-162.

¹⁹³ LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49-68, 2009. Acesso pela RT-Online, p. 12.

¹⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 121.

¹⁹⁵ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155.

¹⁹⁶ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, pp. 120 e 136.

¹⁹⁷ Acerca de cláusula geral, conferir nota 117, acima.

¹⁹⁸ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 136.

Relevante notar que o abuso do direito não está sujeito à concorrência ou colisão de direitos¹⁹⁹, pois aquele que abusa apenas aparenta ter um direito. Não pode haver colisão de posições jurídicas se não há exercício de posição jurídica de um lado, mas apenas aparência desta. A ponderação de interesses subjetivos ou posição jurídicas só ocorrerá se constatada tanto a licitude *stricto sensu* como a licitude *lato sensu* de uma ou mais posições jurídicas, isto é, de posições jurídicas tuteláveis pelo ordenamento jurídico, mas que estão em choque uma contra as outras. Neste caso, o ordenamento privilegiará aquela que seja mais merecedora de tutela, conforme exposto no capítulo anterior.²⁰⁰

O abuso do direito estabelece as balizas para verificação de situações disfuncionais de exercício de prerrogativas jurídicas, através dos princípios. Neste sentido, cabe considerar o abuso do direito não como um princípio ou uma cláusula geral, mas como um postulado metodológico-hermenêutico, pois se situa em outro grau subjacente, visando estruturar a aplicação de outras normas e princípios.

Não há como afastar a incidência do controle do abuso do direito a qualquer análise de validade. Não se pode entender que em determinado caso não incidiria a vedação ao abuso do direito previsto no artigo 187, mas que incidiria em seu lugar outro princípio ou cláusula geral, pois a vedação ao abuso é aplicável a qualquer situação e posição jurídica. Essa análise de conformação com o artigo 187 é inafastável em qualquer exercício de posição jurídica. É, pois, inerente à tutela do ordenamento que determinada posição jurídica não seja exercida de forma abusiva, sob pena de não tutela. O que pode ocorrer é que o abuso do direito não venha a ser o fundamento para negação de determinada tutela no caso concreto, pois a tutela pode ter sido negada por se tratar de ato ilícito (*stricto sensu*) ou por força de

¹⁹⁹ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 528 e SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, pp. 83-86.

²⁰⁰ Nesta linha afirma Eduardo Nunes de Souza: “E afrontaria a lógica ponderar interesse legítimo (contraposto ao abuso) com outro antijurídico, quando se sabe de antemão que este deve ser censurado integralmente na medida da disfuncionalidade (não apenas parcialmente afastado). A incompatibilidade da técnica de ponderação de interesses com esse tipo de caso concreto apresenta a primeira evidência de que o juízo de merecimento de tutela (que dela se utiliza amplamente) nem sempre será o recurso mais eficaz para o controle valorativo das situações jurídicas subjetivas. O abuso do direito, ao revés, figura como modalidade de controle (certamente diverso, vez que negativo, mas ainda assim de grande utilidade) aplicável a todo e qualquer caso, em se considerando que toda situação jurídica subjetiva traz em si uma composição de interesses — uma função, no sentido que se opõe usualmente à estrutura — que pode ser desobedecida no momento do exercício.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, p. 86).

ponderação em face de outras situações jurídicas que sejam mais merecedoras de tutela, à luz de interesses socialmente relevantes.

O papel do abuso do direito é determinar a aplicação de outros princípios, notadamente, nos termos do artigo 187, da boa-fé, função social e bons costumes. É com base nessas premissas que o abuso do direito seria um postulado, isto é, uma metanorma ou norma de segundo grau. Conforme explica Humberto Ávila, o postulado situa-se num segundo grau e estabelece a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. O postulado é norma metodicamente sobrejacente situada no metanível aplicativo. Como tal, ele permite verificar os casos em que há violações às normas cuja aplicação estrutura.²⁰¹

Por estar em um nível acima dos princípios e das regras, não existe conflito necessário entre regras e princípios e postulados normativos. Diferentemente do princípio, o postulado é norma imediatamente finalística, não estabelecendo um “dever-ser” ideal, nem pode ser cumprido de maneira gradual e não possui um peso móvel e circunstancial. Existe ou não abuso do direito no caso concreto: diferentemente dos princípios que podem ser aplicados em diferentes graus, o abuso se configura ou não. O postulado estabelece “diretrizes metódicas”, estruturando a aplicação de outras normas (isto é, normas de primeiro grau).²⁰² Por isto, o que é violado diretamente é determinado princípio ou norma²⁰³.

À luz do exposto acima, o abuso do direito se encaixa no conceito de postulado e metanorma, pois: **(i)** estrutura e informa a aplicação dos princípios e regras em qualquer exercício de posição jurídica, situando-se em um segundo plano, sobrejacente; **(ii)** não pode ser aplicado de forma gradual e circunstancial, se aplicando, ao revés, a toda e qualquer situação jurídica, em que existe ou não abuso, em um sistema de tudo ou nada; **(iii)** não está sujeito a ponderação ou superação

²⁰¹ Vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 142-158. Os postulados, de acordo com Ávila, se dividem entre **(i)** postulados hermenêuticos e **(ii)** postulados normativos aplicativos. Os primeiros têm como função primordial auxiliar na compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, ao passo os segundos visam, primordialmente, solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, notadamente antinomias (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 144 e 154).

²⁰² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 144.

²⁰³ “Apenas elípticamente é que se pode afirmar a violação de postulados, pois, a rigor, são regras e princípios que deixaram de ser aplicadas” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 155).

por outras normas e princípios²⁰⁴; e (iv) não é violado diretamente, mas apenas elipticamente, por força da violação dos princípios e normas do ordenamento que informam o exercício de posições jurídicas.

A despeito de não se poder confundir a balança com os objetos que ela pesa²⁰⁵, a conceituação do abuso do direito como postulado e não como princípio e cláusula geral – conforme propõe a maior parte da doutrina – não terá maiores efeitos práticos no decorrer deste trabalho, mas é pertinente fazer essa distinção teórica para melhor compreensão do que é o abuso do direito e como ele deve ser aplicado. O intuito deste item não foi esgotar e aprofundar o assunto, pois não se trata de obra monográfica sobre esta figura jurídica, mas as premissas estabelecidas ajudarão o leitor compreender o que será adiante exposto nos próximos itens e, por fim, no terceiro e último capítulo.

2.2. Critérios legais

O artigo 187 do Código Civil brasileiro praticamente replicou o artigo 334 do Código Civil português²⁰⁶, que por sua vez se inspirou no artigo 281 do Código Civil grego²⁰⁷, estabelecendo como critérios para configuração do abuso do direito o exercício que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Conforme explica Eduardo Nunes de Souza, a opção do codificador de 2002 para a definição do abuso do direito buscou conciliar as doutrinas divergentes sobre

²⁰⁴ Faz-se referência ainda ao estudo empreendido por Carlos Nelson Konder acerca da função social do contrato, considerada por este autor como um postulado metodológico-hermenêutico. O referido autor não trata do abuso do direito, mas defende-se aqui o mesmo tratamento de postulado metodológico-hermenêutico para o abuso do direito, por motivos semelhantes aos expostos pelo referido autor acerca da função social, destacando-se, entre eles, a não ponderação ou superação do postulado por outras normas (KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principialização" da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 39-59. jul./set. 2017). Vale mencionar que o professor português Castanheira Neves afirma que o abuso do direito “é um problema metodológico-normativo de realização (ou de ‘aplicação’) concreta do direito, e não um problema dogmático do conteúdo jurídico *positum* (da lei)” (NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto: questão-de-direito ou o problema meta da juridicidade*, Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 496 apud LEVY, José Luiz. *A vedação ao abuso do direito como princípio jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 311)

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 160.

²⁰⁶ “Art. 334. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

²⁰⁷ “Art. 281. O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito.”

o instituto.²⁰⁸

Paradoxalmente, parte da doutrina sustenta a prescindibilidade do abuso do direito em face da aplicação direta dos princípios e cláusulas gerais que constam do próprio artigo 187²⁰⁹, em especial por força da aplicação da boa-fé objetiva, em razão, dentre outros motivos, da sua larga expansão e absorção tanto pela doutrina como pela jurisprudência, bem como da sua força sistematizadora.²¹⁰

Ocorre que a identificação do abuso do direito não se restringe aos parâmetros propostos pelo legislador no referido dispositivo, “abrangendo qualquer forma de exercício que contrarie o perfil funcional da situação jurídica no caso

²⁰⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, p. 50.

²⁰⁹ “Tão significativa tem sido a expansão da boa-fé objetiva que muitos autores chegam mesmo a sugerir que o abuso do direito teria perdido sua utilidade autônoma, podendo ser considerado absorvido pelos princípios do ordenamento que com ele se relacionam, notadamente a boa-fé objetiva. A positivação da figura do abuso, assim, equivaleria também ao seu sepultamento: a figura teria sido substituída pelos próprios parâmetros valorativos indicados pelo legislador para a sua aferição. De outra parte, afirma-se que o fato de reunir o art. 187 critérios tão díspares quanto a boa-fé objetiva, a função econômico-social e os bons costumes não permitiria identificar no dispositivo a positivação de um instituto unitário: em outros termos, se o abuso do direito congrega fatores tão diversificados, ao fim e ao cabo não se trataria de uma figura jurídica única, mas sim da simples enunciação de diversos valores juridicamente relevantes.” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p. 2283).

²¹⁰ Assim sugere Judith Martins Costa acerca do papel sistematizador da boa-fé no âmbito do art. 187: “Essa [a boa-fé], considerada em seu papel de elemento ordenador e sancionador do exercício jurídico incompatível com a coexistência de liberdades na vida comunitária é a que melhor se presta para sistematizar a variadíssima tipologia passível de abrangência pelo art. 187 na medida em que instituindo padrões de probidade, correção e atenção às expectativas legítimas se mostra metodologicamente apto para dois importantes passos: (i) o encontro, no caso, pelo intérprete, de uma solução que não está necessariamente tipificada nas categorias intra-sistemáticas e, (ii) a ressystematização isto é, a ordenação racional da solução encontrada, dialeticamente transformado em abstrato e geral (isto é: aplicável à generalidade dos casos análogos) o que fora concreto e particular.

Com efeito, para além de sustentar o que se poderia denominar de “casos tradicionais de abuso” – inclusive os decorrentes de desequilíbrio de posições jurídicas, em que o princípio (implícito) do equilíbrio conecta-se tanto ao princípio da boa-fé quanto à noção de fim econômico ou social do direito – a boa-fé do art. 187 enseja, por conta de sua vocação sistematizadora, um virtuoso leque de possibilidades ao Direito brasileiro. É perfeitamente cabível postular que o art. 187 seja tido como eixo de um sistema de ordenação do exercício jurídico lícito (ou, inversamente, de um sistema de coibição do exercício jurídico ilícito) arrumando, em grupos de casos axiologicamente orientados aos valores encerrados no sintagma “boa-fé”, hipóteses ainda hoje vistas ao modo disperso e desconexo” (COSTA, Judith Martins. *Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé*. In: TEPELINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>. Página 33 do arquivo).

concreto”.²¹¹

O legislador, dada a importância dos princípios da boa-fé, função (social e econômica) e bons costumes no ordenamento, optou por fazer referência, no artigo 187, a estes princípios e cláusulas gerais, mas isso não exclui que o abuso do direito reste configurado pelo exercício de posição jurídica que exceda limites impostos por outros princípios. Daí se tratar de instituto estruturante e informador da aplicação de outros princípios e regras ao exercício de posições jurídicas.

Haverá, portanto, outros parâmetros e princípios que serão aplicáveis, sendo inviável, para não dizer impossível, antecipá-los. A título exemplificativo, um princípio de muita utilidade e aplicabilidade nos condomínios edilícios é o princípio da isonomia, que, se violado, importará em abuso, ainda que por decorrência da violação de outros princípios que constituem um dos parâmetros legais para configuração do abuso do direito.

Outros conceitos jurídicos relevantes são os postulados da proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que a análise funcional mediante aplicação de princípios deve ser pautada por tais postulados normativos, que instrumentam a aplicação desses princípios ao caso concreto. Por serem postulados, eles atuarão de conforma conjunta com o abuso do direito, estruturando a aplicação de outros princípios.²¹²

Dito isto, analisar-se-á os parâmetros definidos pelo legislador, que são, naturalmente, de enorme relevância, não apenas porque foram selecionados pelo legislador para parametrizar o controle de posições abusivas, mas, especialmente, porque são os princípios mais relevantes do ordenamento, notadamente aqueles da boa-fé e função social, com uma aplicação extensa e com diversos princípios derivados, sobretudo o princípio da boa-fé, conforme notado pela doutrina antes referida.

O primeiro parâmetro legal a ser analisado é a boa-fé, mais especificamente a boa-fé objetiva. Na sequência, analisar-se-á a função social e os bons costumes.

²¹¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p. 2284.

²¹² Mencionando a invocação destas figuras, vide SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: Carlos Eduardo Guerra de Moraes; Ricardo Lodi Ribeiro. (Org.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 2, p. 100. Sobre razoabilidade e proporcionalidade, por todos, vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013

2.2.1. Boa-fé

Existem 56 menções à boa-fé no decorrer do Código Civil, porém a cláusula geral da boa-fé se encontra prevista nos artigos 113²¹³, 187 e 422²¹⁴ do Código Civil. Enquanto os artigos 113 e 422 constituem cânones de interpretação de negócios jurídicos, criando fonte de deveres contratuais e integração dos negócios jurídicos, o artigo 187 funciona como limitador do exercício da autonomia.

A boa-fé acima referida e objeto dos artigos mencionados é a boa-fé objetiva. Neste sentido, há de se distinguir a boa-fé subjetiva da objetiva. A primeira constitui um estado de espírito, psicológico ou de fato, em que existe a convicção, equivocada, de ser titular de um direito. A segunda, de maior utilidade prática, significa um modelo de conduta ou *standard* jurídico, ao qual cada pessoa deve ajustar sua própria conduta, que requer agir com honestidade, lealdade e probidade, visando ampla e contínua colaboração das partes.²¹⁵

A boa-fé objetiva estabelece modelos de comportamentos à luz das circunstâncias concretas.²¹⁶ Através da boa-fé, promove-se a inserção de valores e padrões de condutas estabelecidos pelo ordenamento no conteúdo eficaz dos negócios jurídicos, introduzindo deveres não previstos de forma expressa no direito objetivo ou nos contratos. Com isto, promove-se o controle do exercício de prerrogativas, instrumentalizado à sua função e necessário ao correto adimplemento das obrigações assumidas.²¹⁷

Ao obrigar as partes a adotarem um modelo de comportamento para cada situação jurídica, o ordenamento confere à boa-fé objetiva o papel fundamental de proteger a expectativa e confiança que uma parte constrói na outra na consecução

²¹³ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

²¹⁴ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

²¹⁵ GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 171-172.

²¹⁶ “A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal” (STJ. REsp 783404/GO. Terceira Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 28.06.2007. DJ de 13.08.2007 apud MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, livro eletrônico, § 70, item 13).

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, livro eletrônico, § 16, item 2.

do negócio jurídico. E dado que os negócios jurídicos são a base do funcionamento de qualquer sociedade, pode se afirmar que a boa-fé é condição fundamental para uma vida coletiva pacífica, pautada na cooperação e paz jurídica entre pessoas na realização de negócios, sejam de que natureza forem. Por isto a boa-fé é, sem dúvida, elemento essencial do tráfego jurídico.²¹⁸

À boa-fé objetiva é atribuída as funções **(i)** hermenêutica-interpretativa; **(ii)** integrativa ou criadora de deveres; e **(iii)** limitadora ou controladora do exercício de prerrogativas.

É à terceira e última função da boa-fé, de limite e controle do exercício de prerrogativas, que o artigo 187 mais corresponde, dado que a função do abuso do direito é justamente vedar o exercício abusivo de posições jurídicas, isto é, de forma disfuncional, em contrariedade com o fundamento axiológico-normativo que o ordenamento lhe atribui.²¹⁹ Além de aumentar a segurança no tráfego jurídico, essa função, tal qual a função integrativa, tem o propósito de equilibrar os negócios jurídicos, evitando que uma das partes fique em situação desfavorecida, dada a possível vantagem que uma das partes pode aferir ao abusar da própria posição jurídica.

Poder-se-ia entender que o abuso do direito seria dispensável por força da aplicação da boa-fé²²⁰. Ora, se a boa-fé, figura autônoma do abuso do direito, já

²¹⁸ Nesse sentido explica Keila Pacheco Ferrira: “Para Karl Larenz, o ordenamento jurídico resguarda a confiança como um dos princípios éticos que, na esfera individual, é capaz de realizar o direito justo, pois representa uma condição fundamental para uma vida coletiva pacífica e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, para a paz jurídica. Aduz o jusfilósofo que o princípio da confiança é composto por um elemento ético, e por um elemento que se orienta para a segurança do tráfego jurídico, ambos inseparáveis. O elemento ético-jurídico se verifica, em primeiro plano, no princípio da boa-fé, e indica que uma confiança despertada de uma maneira imputável, ou seja, quando aquele que a provoca sabia ou deveria saber que o outro iria confiar, deve ser mantida quando efetivamente se acreditou nela. Além disso, determina um respeito recíproco nas relações jurídicas, que requerem ampla e contínua da colaboração, consideração ao outro também no exercício dos direitos e, em geral, respeito que se pode esperar entre os sujeitos que intervêm honestamente nas relações jurídicas,

A proteção da confiança por meio da aplicação da cláusula geral de boa-fé, portanto, permite a aproximação entre valores e relações contratuais. Admite, também, a atribuição de efeitos sobre a conduta das partes, ainda que estas não tenham de forma voluntária buscado uma regulamentação” (FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 214).

²¹⁹ Sobre a correspondência entre o artigo 187 e a função restritiva da boa-fé, afirmam Tepedino e Schreiber: “Tal função [restritiva do exercício de direitos] da boa-fé foi incorporada no artigo 187 do novo Código Civil, que definiu de forma eclética a figura do abuso de direito” (TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. p. 139-151).

²²⁰ Neste sentido era o posicionamento de Menezes de Cordeiro, que preferia a aplicação do exercício inadmissível de posições jurídicas através da boa-fé (MENEZES CORDEIRO, Antonio

torna ilícito o exercício de determinado direito, há necessidade da figura do abuso do direito? Responde-se afirmativamente este questionamento.²²¹ Conforme defendido acima, o abuso do direito é postulado metodológico-hermenêutico, no sentido de estruturar a aplicação de outros princípios. Ele estabelece as balizas para verificação de situações disfuncionais de exercício de prerrogativas jurídicas, o que é feito através da boa-fé objetiva e outros princípios. Quando ocorre a violação ao abuso do direito por violação da boa-fé, há abuso do direito por violação da boa-fé. No entanto, a violação do abuso do direito é apenas elíptica: o que foi violado diretamente é a boa-fé. Desta forma, não se pode dispensar o estudo e a aplicação do abuso do direito porque existe figura jurídica autônoma capaz de exercer esse controle de legalidade (*lato sensu*).

Esse mesmo raciocínio se aplica aos demais parâmetros legais do artigo 187 (i.e., fim econômico e social e bons costumes), que também constituem conceitos autônomos ao abuso do direito, mas certamente essa discussão acerca da prescindibilidade do abuso do direito é mais frequente com a boa-fé, dado o seu papel sistematizador, a sua amplitude – com diversos princípios derivados – e o seu amplo desenvolvimento pela doutrina e pela jurisprudência.

Essa mesma discussão poderia ser levada adiante em relação à boa-fé objetiva, a fim de questionar a sua imprescindibilidade, dado que a função de controle de posições jurídicas que é atribuída à boa-fé objetiva se encontra refletida, inclusive, em princípios autônomos, decorrentes da boa-fé objetiva. Todos visam assegurar o comportamento adequado e esperado das partes de negócio jurídico, preservando o equilíbrio do negócio jurídico e afastando situações de desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto a outrem.²²²

O primeiro destes princípios decorrentes da boa-fé objetiva é o adimplemento substancial, por força da qual a faculdade de resolver o contrato pode ser considerada abusiva se o inadimplemento não retirou a utilidade da prestação para o credor, isto é, “se a parcela cumprida do contrato é capaz de manter o vínculo de corresponsabilidade da relação; se a causa do negócio jurídico, ainda que adimplido

Manoel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011 (4ª reimpressão), pp. 707 e seguintes).

²²¹ O pensamento predominante na doutrina é este. A título exemplificativo, vide MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 155.

²²² CHAVES DE FARIA, Cristiano; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Vol. Único*. 5ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 749.

de forma deficiente, se mantém”.²²³ Trata-se de violação da boa-fé que concretiza o abuso do direito. O fundamento do adimplemento substancial é, portanto, a vedação ao abuso do direito, embora vinculado à boa-fé.²²⁴

Outro segundo princípio é o *venire contra factum proprium*, que traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular do direito. Cuidam-se, portanto, de dois comportamentos estruturalmente lícitos e sucessivos, porém contraditórios, tendo sido criada a expectativa de que não haveria um comportamento contraditório. Trata-se de mecanismo de proteção da confiança criada com base na expectativa baseada no primeiro comportamento.²²⁵ O que se tutela é a confiança investida, vedando-se a violação objetiva do dever de lealdade para com a contraparte.²²⁶

A *supressio* e *surrectio* são outros dois princípios que também derivam da tutela da confiança. A *supressio* se dá pela abstenção no exercício de determinada posição jurídica por um considerável período, que cria na contraparte, em determinado contexto, a confiança de que essa posição jurídica não será mais exercida. Com isto, o exercício da posição jurídica em questão se torna ilegítima. Já a *surrectio* é a situação do direito que gera a confiança de que o exercício continuado de determinada posição jurídica estabilizou determinada situação no tempo, criando na parte que exerceu essa posição jurídica sem oposição da contraparte a aparência de um direito.²²⁷

O *tu quoque*, na mesma esteira da tutela da confiança, veda que alguém que viola determinada regra se valha dessa mesma regra para exigir que outrem a acate.

²²³ SIQUEIRA, Mariana Ribeiro. Critérios para aferição concreta do adimplemento substancial. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. (Org.). *Inexecução das Obrigações: pressupostos, evolução e remédios*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, v. 01, p. 198.

²²⁴ Assim explica Giovanni Ettore Nanni: “Romper o elo contratual na ocasião em que o devedor praticamente satisfaz "in totum" o interesse creditício representa manifesto excesso no uso do remédio resolutorio. De uma só vez viola a boa-fé e, por conseguinte, concretiza abuso do direito (art. 187 do CC). Por isso, a bem de evitá-lo, a resolução é excepcionalmente limitada. Seu fundamento é, portanto, a vedação ao abuso do direito, embora não se descure de sua familiaridade com o princípio da boa-fé (NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 601).

²²⁵ CHAVES DE FARIA, Cristiano; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Vol. Único*. 5ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 750.

²²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, livro eletrônico, § 74, item 4.

²²⁷ CHAVES DE FARIA, Cristiano; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Vol. Único*. 5ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 750 e TEPEDINO, Gustavo (org.), SCHREIBER, Anderson; *Fundamentos do Direito Civil*. Volume 3: Contratos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 47.

Significa que quem viola uma regra não pode invocá-la em seu benefício.²²⁸

Por fim, outra figura parcelar da boa-fé é o dever de mitigar o próprio prejuízo significa que o contratante credor deve adotar as medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado. Decorre, portanto, da confiança e do dever de cooperação que rege a relação jurídica, em prestígio à solidariedade contratual.²²⁹

Das figuras parcelares da boa-fé acima apresentadas, todas, com exceção do dever de mitigar o próprio prejuízo e do adimplemento substancial, se aplicam às relações condominiais, mais especificamente as decisões assembleares. Isso porque estas duas fazem sentido apenas em relações sinalagmáticas e de cunho econômico e não se aplicariam, via de regra, a decisões assembleares condominiais. As demais (*venire contra factum proprium*; *supressio*; *surrectio*; e *tu quoque*), por outro lado, têm ampla aplicação no âmbito do condomínio edilício. Isto porque as relações condominiais são pautadas também na confiança e, em sentido mais amplo, na solidariedade, na justiça e no equilíbrio, exigindo que qualquer decisão – assemblear ou do síndico – não seja abusiva no sentido de não violar a confiança e legítima expectativa criada, nem afete o equilíbrio²³⁰ estabelecido até então nas relações entre os condôminos, salvo se for para corrigir desequilíbrio pretérito.

Não se pode admitir que decisões da coletividade condominial ocorram em contrariedade a decisões anteriores, a atos anteriores de condôminos, a violações pretéritas, de condôminos, de normas legais ou de instrumentos contratuais (i.e., convenção de condomínio e regimento interno). Mais do que isso, a boa-fé demonstra que a confiança e, por sua vez, a segurança jurídica é fator fundamental no tráfego jurídico, não se limitando a estas figuras parcelares da boa-fé objetiva

²²⁸ CHAVES DE FARIA, Cristiano; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Vol. Único*. 5ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 751.

²²⁹ CHAVES DE FARIA, Cristiano; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Vol. Único*. 5ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 752 e TEPELINO, Gustavo (org.), SCHREIBER, Anderson; *Fundamentos do Direito Civil*. Volume 3: Contratos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 47.

²³⁰ Se baseando na doutrina de Fernando de Noronha, Rosalice Fidalgo de Oliveira afirma existir abuso do direito quando há manifesta desproporção entre o interesse perseguido pela parte e aquele da contraparte que é lesado, de forma que tratar-se-ia “do parâmetro mais adequado, como advoga o referido autor [Fernando de Noronha], em que não se pode tutelar a pretensão de um contratante, quando esta representa um sacrifício desproporcional aos interesses do outro. Nesse momento, o princípio da boa-fé revela sua vinculação à função social do contrato: os direitos reconhecidos a cada parte não visam apenas a satisfação dos próprios interesses, mas, ainda, dos interesses sociais” (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 265).

antes elencadas, já amplamente conhecidas e estudadas, com papel autônomo no ordenamento. Isto é, qualquer outra violação da confiança que importe em violação da boa-fé e, por sua vez, do abuso do direito, deverá ser repreendida pelo ordenamento, não estando limitada às figuras parcelares da boa-fé já incorporadas pela doutrina e jurisprudência, acima mencionadas.

É natural que as convenções condominiais tenham que se adaptar às mudanças dos tempos, em virtude de alterações sociais, econômicas e culturais que afetam as relações jurídicas, que é o que define, conforme antes exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a natureza da convenção de condomínio, das decisões assembleares e, por sua vez, das relações condominiais. No entanto, o tempo (passado) gera a expectativa e confiança para determinados condôminos de que comportamentos ou fatos admitidos pelo condomínio não serão repreendidos quando vierem a ser praticados ou deixados de serem praticados por esses condôminos, nem que determinadas regras serão alteradas sem que exista um legítimo fundamento, em violação à legítima expectativa de determinados condôminos, o que envolverá análise à luz da função social e econômica, objeto do próximo item.

Sobre a legítima confiança criada no tempo, nota-se que, ao mesmo tempo em que as regras condominiais estão sujeitas a alterações a qualquer momento através de maioria qualificada representativa de 2/3 das frações do condomínio edilício, o direito de propriedade não pode ser prejudicado por decisões que violem situações consolidadas no tempo, que geraram para o condômino a legítima expectativa de assim permanecerem enquanto fosse condômino do imóvel.

Trata-se não, propriamente, de confiança nos atos e comportamentos dos demais condôminos, mas de uma confiança na situação existente, à orientação de justiça e equilíbrio das posições jurídicas existentes.²³¹

Esse é o caso, por exemplo, de decisões assembleares que alteram a forma de rateio da quota condominial, para onerar determinado grupo de unidades autônomas, impondo a diversos condôminos um ônus financeiro não esperado

²³¹ “(...) o que se protege não são expectativas em relação ao comportamento do outro sujeito (que de resto pode ser ou não doloso), e sim uma expectativa legítima, a confiança em relação à vigência das leis, à orientação de justiça, o equilíbrio e a paz social que orienta a produção das normas e o sentido de sua aplicação nas relações jurídicas em geral, e, no caso, especialmente nas relações jurídico-privadas” (MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 171).

quando da aquisição do imóvel ou da celebração de contrato para ocupação do imóvel, afetando, assim, o próprio direito de propriedade. Não se trata, aqui, de violação de alguma das figuras parcelares da boa-fé acima referidas, pois não se trata de nenhuma delas em específico, mas de situação de violação da confiança de que a despesa condominial obedeceria a todo o tempo o mesmo critério, sem alterações significativas. Trata-se de situação com aspectos de *supressio/surrectio*, mas destas diferem um pouco, pois não está a se falar exatamente de contradição ou expectativa criada com base em com conduta anterior propriamente dita, mas simplesmente a confiança e expectativa do condômino de que a regra que estabelece a forma de rateio não será, subitamente, alterada, não podendo o condômino ver seu direito de propriedade e moradia prejudicado por alteração da forma de rateio posterior a sua aquisição ou ocupação do imóvel, que não seja devidamente fundamentada e funcionalizada, conforme será estudado no capítulo seguinte.

2.2.2. Fim econômico ou social

O fim econômico ou social a que se refere a doutrina é associado, sem maiores controvérsias, ao princípio da função social.²³² Por isto, far-se-á referência, simplesmente, à função econômica e social. Ocorre que a “função” é instituto complexo, com várias nuances, vertentes e interpretações. Trata-se de termo polissêmico com sobreposição de conceitos. Pode-se falar em função (negocial), função social e função econômica.

Esse tema já foi abordado anteriormente e será sucintamente repisado neste item, visando adentrar a função social e econômica no âmbito das decisões assembleares.

A análise da função decorre do movimento contemporâneo de funcionalização dos institutos jurídicos, que leva em consideração os efeitos e interesses de situações jurídicas à luz dos valores que justificam a sua tutela jurídica

²³² Sobre a associação entre fim econômico e social e função social, vide nota 101, acima. Sobre a correspondência entre fim social e função social, vide MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 150. Vide sobre essa questão, nota 234, a seguir. Essa associação parece evidente, também, no parágrafo único do artigo 1.228 do Código Civil, referido na nota 248, abaixo.

pelo ordenamento.²³³

A função do negócio jurídico pode ser destrinchada em duas, tal qual faz o artigo 187: função social e função econômica. Ambas estão intimamente associadas, pois a função econômica é, essencialmente, a razão pela qual as partes celebram os negócios jurídicos com cunho econômico – que são a grande maioria – e tal função é parte da função social, na medida em que as trocas econômicas geram produção de riqueza e, por sua vez, benefícios sociais para toda a coletividade, cumprindo aí parte da sua função social.²³⁴ Por sua vez, ambas são partes da função negocial. Por isto função social e função econômica não podem nem devem ser desassociadas: se por um lado faz parte da função social o cumprimento da função econômica, por outro lado, a função social não é o fim último do negócio jurídico, que tem por fim primário a realização do fim econômico almejado pelas partes. Por isto, cabe às partes perseguirem, em paralelo ao fim econômico, a função social do negócio jurídico.

Ainda que associadas e sobrepostas, são independentes uma da outra e por isso devem ser diferenciadas e tratadas de forma separada, até porque o próprio legislador o fez assim, dando importância e distinção ao fim econômico, dado que o fim social já havia sido devidamente prestigiado e concedido a devida relevância através do princípio da função social expressamente previsto no artigo 421²³⁵ e no parágrafo único do 2.035²³⁶ do Código Civil, além de diversas menções na Constituição Federal.

A função social constitui elemento interno da autonomia privada, voltada à instrumentalização das estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo, sob esse prisma, o controle dinâmico e concreto da atividade privada.²³⁷ É recurso

²³³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 2 de 25 (versão eletrônica).

²³⁴ Nesta linha, afirma Bruno Miragem: “é razoável indicar que o fim social absorve o fim econômico, uma vez que o fim social de um direito também é a realização de seu fim econômico, não se podendo dissociar o que é socialmente útil daquilo que é economicamente útil (...)” (MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 149).

²³⁵ “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”

²³⁶ “Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

²³⁷ TEPEDINO, Gustavo. Funcionalização do direito civil e o princípio da função social dos contratos In *20 anos do Código Civil: relações privadas no início do século XXI*. Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thiago Ferreira Cardoso Neves (org.). Indaiatuba: Editora Foco, 2022, p. 166.

metodológico que avalia o merecimento de tutela, ponderando os interesses dos titulares de posições jurídicas à luz dos interesses da coletividade, que, no caso do condomínio edilício, serão os interesses de outros condôminos como coletividade e, simultaneamente, individualmente.

Ao mesmo tempo em que não se ignora que a função social é, conforme dito acima, limite interno do negócio jurídico, não se pode ignorar que a negação da tutela de um negócio jurídico por não consecução da função social é, na prática, algo excepcional e difícil de ocorrer na maior parte dos contratos, ainda que de fato, em alguma medida, não cumpram integralmente a função social que lhes é imputada pelo ordenamento. Parece difícil aferir e definir quando se daria a não consecução de fins socialmente relevantes, até porque estes são múltiplos e potencialmente infinitos, tais como promoção do meio-ambiente; das relações de trabalho equânimes; da distribuição de renda; da igualdade racial; da igualdade de gênero; entre outros, sendo que cada um destes possui múltiplas variáveis e diversos espectros de análise, na maior parte das vezes subjetivos aos olhos do aplicador, envolvendo campos sociais e econômicos que possuem as mais variadas matizes, tornando a análise ainda mais complexa quando se leva em consideração que um contrato possui implicações em todas inúmeras áreas, não apenas na prestação principal como também em prestações acessórias.^{238 239}

²³⁸ Imagine-se, por exemplo, um contrato de empreitada, em que existem inúmeras relações humanas, econômicas e sociais, com infinitas análises acerca do efetivo atendimento da função social, podendo-se questionar a tutela da utilização de materiais não recicláveis na obra, não contratação de profissionais com políticas afirmativas, da remuneração abaixo do mercado, entre outros. O mesmo raciocínio se aplica em qualquer contrato.

²³⁹ O desafio da aplicação da função social do contrato foi notado por Eduardo Nunes e Souza, conforme trecho já previamente citado em parte e aqui replicado de forma mais completa: “A função social do contrato, por sua vez, exige maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial para ser efetivamente aplicada em seu aspecto promocional. Com efeito, como pressupor que as partes em um contrato devam celebrá-lo perseguindo interesses socialmente relevantes, além de seus próprios interesses? Como tornar essa diretriz – inegável decorrência do princípio constitucional da solidariedade – eficaz, na prática, em sede de relações obrigacionais? Mais ainda: considerando-se que a função social do contrato importe a promoção de valores como o meio-ambiente, o trabalho, o consumidor, a livre-concorrência etc., quem estaria legitimado a alegar seu descumprimento? Poderia uma das partes contratantes exigir judicialmente da outra parte que promova a função social do contrato? Das duas, uma: ou a inobservância da função social do contrato decorre do estrito cumprimento do próprio negócio (com o qual ambas as partes anuíram, não lhes cabendo alegar, aproveitando-se de sua própria torpeza, o desmerecimento de tutela do contrato), ou essa inobservância de todo extrapola o conteúdo contratual (e, neste caso, quem se avocaria a legitimidade para, interferindo em um ato de autonomia privada, exigir a promoção de interesses socialmente relevantes?)”

A impossibilidade de se obterem respostas conclusivas a tais questões tem obstado uma aplicação positiva, promocional, da função social do contrato pelos tribunais brasileiros. Pondo-se de lado as decisões que invocam o princípio de forma vaga, condenando-o à superutilização de que sofrem, igualmente, outras cláusulas gerais em nosso sistema, os julgados que aplicam adequadamente a

A aplicação da função social, em seu aspecto promocional, é mais fácil e usual em uma situação de conflito de duas situações lícitas (tanto sob o aspecto *stricto sensu* da legalidade, como sob o aspecto *lato sensu* da legalidade, isto é, não abusiva). Conforme antes exposto, em ocorrendo um conflito de interesses ou situações jurídicas, o ordenamento conferirá tutela privilegiada à situação jurídica que melhor promover interesses socialmente relevantes, isto é, a situação jurídica que seja a mais merecedora de tutela à luz dos valores socialmente relevantes.

É neste sentido que Eduardo Nunes de Souza afirma que a função social atua em duas frentes: (i) internamente, qualificando a situação jurídica subjetiva e limitando negativamente o seu exercício, daí advindo seu aspecto negativo-limitador; e (ii) externamente, servindo de parâmetro valorativo do merecimento de tutela em seu aspecto promocional, daí advindo seu aspecto positivo-promocional.²⁴⁰ O abuso do direito melhor corresponde ao primeiro aspecto limitador, ao passo que a função social melhor corresponde ao aspecto promocional.

O fim econômico – ou função econômica –, por sua vez, diz respeito ao substrato econômico que é próprio da maior parte dos negócios jurídicos. É o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de que o contrato possui uma razão econômica, permitindo as trocas e circulação de riquezas.²⁴¹ Pode-se conceituar a sua função econômica como os “contributos econômicos que as partes razoavelmente podem esperar como advindos da relação negocial celebrada”²⁴².

função social do contrato fazem-no como parâmetro para um controle valorativo negativo (vale dizer, de abusividade) dos negócios jurídicos. Diante desse cenário, alguns autores têm reconhecido que o conteúdo da função social do contrato no direito brasileiro atual se restringe à adoção, pelo legislador pátrio, do causalismo e da análise funcional dos contratos – papel não menos relevante, frise-se, que eventual função promocional que ainda se possa, futuramente, extrair do princípio.

No mesmo sentido, boa parte da doutrina tem sustentado que os negócios típicos – aqueles cuja causa já foi previamente considerada pelo legislador - gozam de uma presunção de legitimidade em nosso ordenamento: seu merecimento de tutela já foi avaliado pela ordem jurídica, de modo que tais negócios já seriam, presumidamente, cumpridores de sua função social. Assim, para os negócios típicos (afinal, a grande maioria), cumpriria indagar apenas de sua licitude e de sua não abusividade, pois a própria previsão típica já permitiria presumir a promoção valores socialmente relevantes.

Em síntese, o exame de qualquer matéria sob o prisma funcional há de reconhecer que os atos humanos apenas produzem uma eficácia jurídica específica quando puderem ser reputados merecedores de tutela” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 12 de 25 (versão eletrônica).

²⁴⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de. *Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013, p. 9 de 25 (versão eletrônica)

²⁴¹ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p. 181.

²⁴² PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas. Coluna Migalhas Contratuais. Disponível em

Por fim, no que diz respeito à função negocial (ou função do negócio ou, ainda, simplesmente, função), esta é associada à causa do negócio, funcionando como mecanismo de qualificação do negócio e controle de abusividade, sendo a função social e a função econômica, acima referidas, os principais critérios para aferição (i) da legalidade sob o ponto de vista da abusividade e do (ii) merecimento de tutela. Tanto é assim que o artigo 187 do Código Civil prevê que o abuso do direito será configurado pelo exercício que excede, entre outros parâmetros, os limites do fim econômico ou social, ou seja, os limites da função (negocial). O desvio da função negocial importará, portanto, em abuso do direito.²⁴³

Se, por um lado, a função econômica está associada à função social, podendo-se entender que aquela faz parte desta, há razão para o legislador ter feito, no artigo 187, a distinção de ambas as figuras, ou, ao menos, ter decidido por ressaltar a promoção da função econômica das posições jurídicas. Entende-se, assim, que a análise funcional de determinada posição jurídica deverá, para ser lícita e, por sua vez, tutelável pelo ordenamento, respeitar tanto a função social como a função econômica atribuída pelo ordenamento. Desta forma, qualquer exercício de posição jurídica que viole a função social e os atributos econômicos esperados pelas partes para determinado negócio, será considerado ilícito por abusividade e, portanto, não tutelável pelo ordenamento. Se não for ilícita, a posição jurídica ainda estará sujeita a não ser tutelada total ou parcialmente pelo ordenamento por força de conflito com outra posição jurídica que seja mais merecedora de tutela, conforme valoração decorrente da aplicação do princípio da função social.

O legislador poderia, inclusive, ter simplificado o artigo 187 e feito menção apenas ao exercício de direito que excedesse manifestamente os limites impostos pela sua função, sem mencionar a função social e função econômica, pois, conforme visto acima, a função (negocial) abrange a função social e econômica, bem como porque não se limita a estes parâmetros. Logo, qualquer exercício disfuncional de uma posição jurídica que contrarie os fins, valores e interesses atribuídos pelo

<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a-crise-do-covid-19-entre-boa-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunis%E2%80%A6>. Último acesso em 23/07/2022.

²⁴³ Em simples termos, a doutrina afirma que o abuso do direito corresponde ao exercício disfuncional. Assim afirma, por exemplo, Heloisa Carpena: “Abusiva será qualquer estipulação que atente contra sua função; abusiva e, portanto, antijurídica. É este o fundamento da proibição contida na lei (...)” (CARPENNA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 115).

ordenamento, naquele caso concreto, será tido como disfuncional.²⁴⁴ Neste aspecto, o parâmetro da função social e econômica representa a própria essência do instituto do abuso do direito, que é o exercício disfuncional de uma posição jurídica, visando uma finalidade não tutelável pelo ordenamento, ou, ainda que a finalidade seja tutelável, o exercício foi de tal forma que violou o abuso do direito.

As decisões assembleares devem, portanto, cumprir não apenas com a função social e econômica que lhes é atribuída pelo ordenamento, mas como devem estar em consonância com a finalidade que lhe é imputada naquele caso concreto.

Apesar de ser pertinente avaliar a função da decisão assemblear em relação a toda a coletividade, não restrita ao condomínio edilício – tal como em qualquer negócio jurídico –, é inquestionável que esses efeitos são mais relevantes no âmbito do condomínio edilício. A despeito de os condôminos serem partes de um negócio jurídico (a convenção), não se pode negar as diferenças que existem em relação ao negócio jurídico bilateral típico, pois, enquanto esse último envolve um número determinado de pessoas, o primeiro se dirige a uma comunidade mutável de pessoas, de forma que dessa comunidade emanam interesses sociais a serem tutelados, cabendo à função social levar em consideração esses interesses.

Isto é, os interesses sociais de um condomínio edilício são, primordialmente, os interesses das partes contratantes e daqueles que estão sujeitos aos efeitos diretos da convenção de condomínio, o que ocorre de forma muito mais latente do que em um negócio jurídico típico que não envolve uma comunidade, que é a absoluta maioria dos negócios jurídicos. Por este motivo, a função social a ser analisada neste trabalho irá tratar, primariamente, da função social no âmbito do condomínio edilício e de seus condôminos, e secundariamente, da sociedade. Isso é mais um ponto que justifica um tratamento hermenêutico próprio e específico da função

²⁴⁴ “De fato, a identificação do exercício abusivo de situações jurídicas subjetivas não deve se restringir aos parâmetros propostos pelo legislador no referido dispositivo, abrangendo qualquer forma de exercício que contrarie o perfil funcional da situação jurídica no caso concreto. A doutrina contemporânea associa, com efeito, o abuso do direito ao exercício disfuncional de determinada situação jurídica: age de forma abusiva o titular do direito que contraria as finalidades, valores e interesses pelos quais o ordenamento lhe reconhece aquela prerrogativa. Como se percebe, é a verificação em concreto desse exercício em contrariedade ao perfil funcional da situação jurídica que confere unidade ao conceito de abuso, ao mesmo tempo em que o autonomiza em relação à boa-fé, à função econômico-social e aos bons costumes” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p. 2284).

social no âmbito do condomínio edilício e, mais especificamente, nas decisões assembleares.

Mas qual seria o interesse social-econômico do condomínio edilício? É, por evidente, o interesse comum, objetivamente considerado, visando o melhor desenvolvimento e preservação do condomínio edilício, de forma a assegurar que o condomínio mantenha o seu valor e posicionamento de mercado e que possa se custear sem onerar demasiadamente os condôminos e, em especial, que assegure a plena fruição dos seus ocupantes, permitindo o desenvolvimento da pessoa humana, de forma harmônica entre todos os ocupantes, sem prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais a cada condômino e ocupante. Tal análise deve levar em conta as premissas que foram estabelecidas quando da constituição do condomínio edilício e do empreendimento imobiliário a ele relativo, no que diz respeito à infraestrutura e serviços previstos pelo empreendedor, tais como: piscina; academia; porteiros 24 horas; porteiro apenas durante o dia; serviço de manobrista; etc. Qualquer alteração do padrão que foi estabelecido para o condomínio tem efeitos de natureza econômica e existencial sobre os moradores. Não se trata de vedar qualquer alteração, pois o condomínio é uma instituição que se protraí no tempo e deve ser permanentemente adaptada, mas é preciso que isto seja feito conforme o interesse comum, visando a manutenção do *status quo*, isto é, mantendo as premissas que foram estabelecidas quando da sua constituição. Se isto não for possível, porque os serviços não são mais compatíveis com a realidade do condomínio edilício, a própria função social-econômica exigirá que esse padrão seja alterado, a fim de permitir a manutenção adequada do condomínio e a saúde financeira dos seus condôminos.

Um condomínio edilício residencial não possui, via de regra, uma lógica econômica tal qual possui a maior parte dos contratos, no sentido de não ser um negócio jurídico oneroso e que vise o lucro das partes. Desta forma, a função econômica que decorre das relações condominiais residenciais não são as mesmas que em contratos onerosos. Existe, contudo, uma lógica econômica na formação e manutenção do condomínio edilício, que pressupõe a divisão das despesas necessárias para custear a preservação e/ou melhoria das áreas comuns do condomínio edilício. Portanto, não se pode negar os impactos de uma decisão assemblear sobre todo o condomínio e sobre os condôminos considerados individualmente, cabendo analisar funcionalmente, sob o aspecto econômico, quais

são os ônus e bônus de determinada decisão assemblear, bem como se os efeitos da decisão são compatíveis com a lógica econômica daquele determinado condomínio edilício.

Em um condomínio de finalidade comercial, como um condomínio hoteleiro, a lógica econômica ganha proeminência. Neste caso, a função econômica é mais notável. Imagine que esse condomínio hoteleiro tenha sido constituído na década de 1970 como um hotel cinco estrelas e que, atualmente, passados 50 anos, mesmo após sucessivas reformas, esteja depreciado, não se tornando mais competitivo e viável economicamente. Faz-se necessário então que o condomínio passe por uma grande reforma, alterando substancialmente as áreas comuns – e até privativas, caso, as unidades autônomas estejam sob administração obrigatória da administradora hoteleira –, incluindo a modernização da fachada, obra esta que exige, nos termos da lei, unanimidade, conforme artigos 1.336 do Código Civil²⁴⁵ e 10, §2º da Lei 4.591/64²⁴⁶. Nesse caso, a reforma cumpriria com a função econômica e, por sua vez, social do imóvel. A impossibilidade de obter a aprovação (unânime) por força de condôminos minoritários que não desejam suportar as despesas necessárias pode constituir abuso do direito por violação da função social e econômica.²⁴⁷

Nas relações condominiais residenciais as situações jurídicas serão sempre simultaneamente patrimoniais como existenciais. Ao mesmo tempo em que o condomínio edilício se baseia na coexistência de múltiplos direitos de propriedade sobre a parte comum e sobre as partes privativas, reforçando o caráter patrimonial das relações condominiais, os condomínios edifícios residenciais ou de uso misto representam espaços de desenvolvimento da personalidade humana. Desta forma, ainda que esteja a se falar de situações primariamente patrimoniais, por dizerem respeito ao direito de propriedade, tais situações possuem uma carga

²⁴⁵ “Art. 1.336. São deveres do condômino:

III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas”

²⁴⁶ “Art. 10. É defeso a qualquer condômino:

I - alterar a forma externa da fachada;

(...)

§ 2º O proprietário ou titular de direito à aquisição de unidade poderá fazer obra que modifique sua fachada, se obtiver a aquiescência da unanimidade dos condôminos”

²⁴⁷ Pode-se discutir se mesmo os condomínios edifícios comerciais, que constituem hotéis, centros comerciais ou *shopping centers* e, portanto, possuem uma lógica e destinação propriamente econômica, já que o objetivo do condomínio edilício em si é a sua manutenção, e não lucro, sendo este último o objetivo dos seus condôminos. No entanto, é inegável que o condomínio edilício destes casos tem uma lógica diversa daquela dos condomínios residenciais.

extrapatrimonial muito acentuada. Isso reforça a necessidade de funcionalização destas situações jurídicas, de forma a tutelar o desenvolvimento da personalidade humana e proteção da dignidade da pessoa humana.²⁴⁸ Assim, sempre que houver contraposição de interesses patrimoniais e extrapatrimoniais, estes últimos deverão prevalecer.

A função (social e econômica) tratará, assim, de fazer o controle de decisões assembleares que constituam uma aplicação disfuncional da vontade da maioria, seja porque violam interesses socialmente relevantes da coletividade como um todo ou de determinada coletividade do condomínio edilício (que pode ser uma minoria), seja porque violam a lógica econômica razoável e esperada para determinada situação jurídica, ou, ainda, que de qualquer maneira representam um exercício disfuncional de uma posição jurídica, fundada na convenção de condomínio e/ou na legislação.

2.2.3. Bons costumes

A figura dos bons costumes é pouco trabalhada pela doutrina e, talvez por isto, seja figura de difícil aplicação. Um dos motivos da sua utilização limitada é que esta figura sempre esteve associada, no passado, a preceitos de cunho moral, mais especificamente para tutelar a violação de padrões sociais, limitando a autonomia privada existencial.²⁴⁹ Ocorre que esse tipo de intervenção estatal na vida estritamente privada dos cidadãos deixou de ter espaço, especialmente a partir da nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

Essa nova ordem, hoje vigente, passou a limitar internamente a autonomia patrimonial, que passou a estar voltada à realização de interesses socialmente relevantes, ao passo que a autonomia existencial passou, reversamente, a ser integralmente protegida, não sofrendo limites externos. Os limites externos ocorrem

²⁴⁸ Ademais, o próprio direito de propriedade está sujeito ao exercício em consonância com a função social, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 1.228 do Código Civil: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

²⁴⁹ Não sem razão, a recepção dos bons costumes no direito brasileiro seguiu a mesma receita: previsão legislativa cuja indefinição de conteúdo sempre serviu aos comandos conservadores de comportamentos sociais tidos como indesejáveis. (CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 107).

tão somente na medida em que conflitem com a realização de interesses existenciais de outras pessoas. Esse conflito precisa ser direto, e não apenas “reflexos indiretos ou mediatos que todo ato de autonomia pode produzir, mas que não possuem o condão de influir na esfera jurídica alheia, pelo que não modificam, extinguem ou constituem o campo de titularidade de outros sujeitos”²⁵⁰. Portanto, repercussões reflexas de exercício de posições jurídicas de atos extrapatrimoniais devem ser toleradas por quem as sente se não configurarem lesão ou ameaça concreta de lesão a direito alheio. Por isto, a ofensa a padrões morais não é, via de regra, motivo para ensejar a intervenção do poder estatal.²⁵¹

A despeito dos bons costumes estarem associados à moral social, existe certo consenso doutrinário de que os bons costumes não dizem mais respeito a uma moralidade social dominante, em especial de natureza sexual, por meio de costumes já cristalizados na sociedade.²⁵² A moralidade a que se refere a cláusula geral de bons costumes é a moralidade constitucional, pautada na dignidade da pessoa humana e na promoção do desenvolvimento da personalidade. Isso significa que os bons costumes, ao invés de restringirem o exercício de direitos da personalidade, em nome de supostos “bons” costumes, deve servir para promovê-los, impondo restrições somente na medida em que violarem ou ameaçarem direito de terceiros ou da coletividade. Os bons costumes irão atuar positivamente para impor dever de cooperação sempre que os atos de autonomia implicarem consequências jurídicas relevantes para duas ou mais esferas jurídicas.²⁵³

²⁵⁰ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017, p. 104.

²⁵¹ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017, p. 105.

²⁵² Nesse sentido, MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 162. Vide também a nota seguinte, com trecho de Thamís Dalsenter.

²⁵³ “Bons costumes é conceito que envolve fortes considerações de ordem moral, tanto assim que usualmente esta cláusula é identificada com outro conceito de igual indeterminação semântica, que é a moral social. Tradicionalmente, a noção de moral social está ligada aos costumes que foram assentados ao longo do tempo como comportamento socialmente adequado, variando, normalmente, de acordo com o grupo no qual são analisados. Trata-se de noção que se volta para os valores que já estão cristalizados, ou seja, a moral social é o retrato da sociedade por meio de seus costumes em determinado momento histórico, sendo conceito naturalizado como eterno.

(...)

Mas o aspecto mais importante a se destacar é que a cláusula geral dos bons costumes é uma janela para impregnar as relações privadas com os valores assentados pela Constituição Federal de 1988. Assim, não se trata de ligar os bons costumes unicamente aos costumes de uma determinada sociedade, justamente porque os costumes sociais, muitas vezes, não encontram amparo na

Conforme explica Thamís Dalsenter – autora de obra monográfica sobre o tema –, os atos de eficácia pessoal não podem ser limitados pela cláusula de bons costumes, pois não admitem limites externos, tendo em vista que só atingem a esfera jurídica do próprio titular. Já os atos de eficácia interpessoal ou social, podem sofrer a incidência dos bons costumes, pois demandam a imposição de limites externos quando produzem efeitos em esferas jurídicas distintas. Para esta autora, bons costumes se conceituam como “cláusula geral que impõe limites externos à autonomia existencial por meio de sua tríplice função – interpretativa, geradora de deveres e limitadora de direitos –, determinando padrões de conduta sempre que os atos de autonomia implicarem consequências jurídicas relevantes (efeitos diretos e imediatos) para duas ou mais esferas jurídicas.”²⁵⁴ A autora defende que a cláusula de bons costumes deve ser o cânone interpretativo nos atos de autonomia existencial, enquanto o exercício abusivo da autonomia patrimonial continuará sendo guiado pela ideia de respeito à boa-fé e à função social.²⁵⁵

Isso significa, no âmbito do condomínio edilício, que apenas os atos dos condôminos com eficácia interpessoal devem ser objeto de controle externo. Os atos que sejam de eficácia pessoal não sofrerão restrição do condomínio edilício. Neste sentido, exemplificativamente, o condômino que pratica atos sexuais com pessoas ou frequência que outros condôminos julguem moralmente inadequados, mas que não afetem, sob qualquer aspecto prático, a paz e sossego dos demais condôminos, não serão objeto de repreensão. Pelo contrário, devem ser protegidos pelo ordenamento, pois dizem respeito ao exercício da autonomia existencial.

Há de se fazer uma distinção conceitual dos “bons costumes” com “usos e costumes”. Usos e costumes decorrem da repetição habitual de um comportamento, interiorizado a ponto de se poder confirmar que há uma consciência social acerca da juridicidade do comportamento costumeiro.²⁵⁶ Nesta linha, usos e costumes

Constituição, fato que não pode ocorrer com os bons costumes em um ambiente democrático” (CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 177-178).

²⁵⁴ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 274-275.

²⁵⁵ CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 279.

²⁵⁶ “Os costumes jurídicos fazem parte de um conjunto cuja validade carece do reconhecimento de dois elementos, conjuntamente. O primeiro deles, objetivo, refere-se à constatação de repetição habitual de comportamento, de modo que se possa reputar determinada conduta como constante e uniforme. Já o segundo elemento, de ordem subjetiva, corresponde à verificação sobre a

referem-se às “práticas usuais restritas a determinados negócios jurídicos ou de determinados locais”²⁵⁷. Difere, portanto, do conceito de bons costumes, que possui um perfil ético-moral, abordado acima. Apesar dessa reconhecida diferença, cabe ponderar se o artigo 187 do Código Civil, ao mencionar “bons costumes”, estaria a se referir unicamente aos bons costumes propriamente dito, sob o aspecto ético-moral, ou abarcaria também os usos e costumes.

Thamis Dalsenter defende a distinção dos usos e costumes da cláusula de bons costumes. Para a autora, a análise da técnica legislativa adotada pelo Código Civil de 2002 indica que não houve qualquer objetivo do legislador de utilizar costumes e bons costumes como sinônimos. Para ela, todas as menções a uso e costume demonstram “uma nítida intenção legislativa de circunscrever os usos e costumes ao campo do direito negocial, de modo que a sua função normativa só deverá orientar os atos de autonomia patrimonial, e não aqueles de autonomia existencial.” Assim, enquanto os usos e costumes estariam voltados para o campo negocial, orientando atos de autonomia patrimonial, os bons costumes se voltam para atos de autonomia existencial, possuindo um cunho moral, nos termos antes expostos.²⁵⁸

O autor português Jorge Manuel Coutinho de Abreu afirma que os bons costumes corresponderiam à “consciência social dominante”, que seria a moral sob o aspecto objetivo, no sentido ético imperante na comunidade social. O autor não faz menção ou diferenciação dos usos e costumes.²⁵⁹

Keila Pacheco Ferreira afirma que o abuso do direito estaria ligado aos usos e costumes. Para ela, bons costumes “não se trata, portanto, de simples usos sociais, também não se refere à moral religiosa ou filosófica, tampouco da moral subjetiva do juiz, mas sim da moral objetiva, que corresponde ao sentido ético aceito pela

interiorização de determinada prática habitual, de modo que se possa afirmar com certo grau de segurança que há uma consciência social acerca da juridicidade do comportamento costumeiro. A conjugação destes dois fatores – repetição e interiorização da juridicidade – constitui determinada prática reiterada como costume juridicamente válido no ordenamento jurídico atual” (CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 138).

²⁵⁷ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 141.

²⁵⁸ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, pp. 141-142.

²⁵⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, 1983, pp. 42-45

sociedade”.²⁶⁰

Linha semelhante é adotada por Alexandre Guerra, que afirma que os “bons costumes são regras de comportamento não escritas, cuja observância se dá pela consciência ética dos cidadãos”, constituindo “práticas sociais cujo valor jurídicos lhes pode vir a ser conferido por normas de direito”. Isso é reforçado pela associação que o autor faz com o artigo 113 do Código Civil²⁶¹, que prevê que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme os usos e costumes do lugar da sua celebração. O autor cita, ainda, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, ratificando a posição adotada por estes no sentido de que os bons costumes correspondem às concepções ético-jurídicas dominantes na sociedade.²⁶²

A partir do exposto, se conclui que, salvo por Thamis Dalsenter, a maior parte dos autores associam “bons costumes” e “uso e costumes”, sem negar-lhe, contudo, o aspecto ético-moral de perfil objetivo.

Apesar de parecer pertinente a distinção entre “bons costumes” e “usos e costumes”, excluir os “usos e costumes” dos “bons costumes” previsto no artigo 187 seria limitar o seu uso. Se concorda em absoluto que os bons costumes se prestam a tutelar interesses extrapatrimoniais, ainda que derivados de relações patrimoniais, sofrendo limites externos na medida em que afetem interesses extrapatrimoniais de terceiros ou da coletividade. No entanto, os usos e costumes constituem ferramenta relevante para servir de parâmetro para avaliar o abuso do direito, em especial nas relações patrimoniais, que são pautadas em usos e costumes.

O artigo 1.336, IV, do Código Civil prevê que os condôminos devem utilizar a unidade autônoma sem prejudicar o sossego, salubridade, segurança dos demais ocupantes ou aos bons costumes. Aqui parece que o legislador se utilizou dessa cláusula geral para abarcar todas as atividades que possam ser prejudiciais à coletividade. Evidentemente, os bons costumes a que se refere esse artigo deve ser interpretado conforme a moral constitucional, mas dentro deste conceito de bons costumes a que se refere o artigo parece pertinente e útil que se recorra também aos

²⁶⁰ FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, pp. 231-232.

²⁶¹ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

²⁶² GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 181-182

usos e costumes, pois remete a um uso razoável e esperado da propriedade, conforme práticas usuais do condomínio edilício do caso concreto, assim como dos condomínios edilícios de forma geral, incluindo a interpretação de respeito ao sossego, salubridade e segurança dos vizinhos. Ora, o próprio respeito ao sossego, salubridade e segurança não é absoluto. Há momentos excepcionais em que tais regras são admitidamente desrespeitadas, mas tal desrespeito deve estar em consonância com as práticas usuais – usos e costumes – de determinado condomínio edilício ou dos condomínios de forma geral. Por exemplo, o respeito ao sossego não impede que um condômino faça uma mudança em um final de semana, que só pode ocorrer naquele dia. Os usos e costumes são, em alguma medida, reflexo do respeito ao senso comum nas relações condominiais, que são fundadas nas práticas usuais de determinado condomínio, incluindo a região em que se situa, desde a sua rua até cidade ou Estado.²⁶³

Por exemplo, os usos e costumes que são esperados de uma edificação voltada a moradores de idade avançada não será a mesma que os usos e costumes de uma edificação que se destina à residência estudantil. Isto não significa que será permitida violação da paz e sossego em um e não em outro, mas que a aceitação de certas condutas em um condomínio será diferente do outro. Trata-se, efetivamente, de pautar a utilização da unidade autônoma pela razoabilidade, possuindo os usos e costumes papel fundamental na definição do que é ou não razoável em cada condomínio edilício.

Outro exemplo é o fechamento das varandas através de cortina de vidro, que em algumas regiões e cidades se tornou usual, seja por motivos de barulho, segurança ou maior aproveitamento das áreas de varanda, sem impactar significativamente a fachada da edificação. Desta forma, esta prática pode vir a ser tolerada em determinada edificação, levando em conta se a fachada será substancialmente alterada; se a fachada já foi alterada; se a fachada possui relevância arquitetônica ou histórica que mereça uma preservação mais severa,

²⁶³ “Com o bom senso é que se resolvem as questões de vizinhança e nelas se incluem, com maior razão, os problemas relacionados com os bons costumes que variam, conforme o local, a educação e o nível das pessoas e, também, de acordo com a época em que as situações ocorrem” (AVVAD, Pedro Elias. *Condomínio em Edificações no Novo Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 84).

entre outros fatores.²⁶⁴

Assim, os bons costumes se aplicam à utilização razoável da unidade autônoma, que exige dos seus ocupantes um uso adequado, conforme os usos e costumes, que envolvem uma ideia de senso comum. Não se admite, por exemplo, que um ocupante, se valendo da regra de silêncio entre os horários matutinos e noturnos, faça, reiteradamente, durante as tardes, que não possui restrição de barulho, atividade que gere barulho contínuo, durante todo o dia, sem motivo justificado, importunando os vizinhos, o que – configurando ou não ato emulativo – pode configurar, no caso concreto, abuso do direito por violação dos bons costumes, sem prejuízo de vir a constituir abuso do direito por violação da função social e econômica da propriedade.

Assim, os usos e costumes serão aplicados como parâmetro de controle de decisão assemblear abusiva. Por exemplo, a possibilidade de alteração de fachada para inserção de ar-condicionado não está prevista em legislação federal, nem – geralmente – em legislações locais ou em convenções de condomínio, mas é amplamente admitida, pois constitui uso e costume estabelecido no país, afora o fato de que essa alteração de fachada cumpre com uma função social e econômica, que é tornar o imóvel (mais) habitável, dada as altas temperaturas que atingem a maior parte das cidades brasileiras. Desta feita, eventual restrição, pelo condomínio, para instalação de ar-condicionado pode ser considerada, no caso concreto, abusiva por violar os bons costumes, mais especificamente os usos e costumes.

Sem prejuízo da função controladora-restritiva dos bons costumes, tal como os demais parâmetros, os bons costumes também servirão para exigir uma atuação colaborativa entre os condôminos, que devem tutelar e promover, prioritariamente, os interesses existenciais dos condôminos sobre os patrimoniais, tanto do condomínio edilício como de cada condômino.

Em síntese, os bons costumes atuarão para impor limites externos aos atos de eficácia interpessoal dos condôminos e estabelecer diretrizes do que é ou não razoável no dia a dia das relações condominiais, conforme as práticas usuais do condomínio edilício e/ou dos demais condomínios edifícios da região em que se situam, assegurando o gozo pacífico e harmônico das áreas comuns e privativas do

²⁶⁴ Vide, neste sentido, a título exemplificativo, TJ-SP. Apelação Cível 1036586-07.2015.8.26.0224. Relatora Ana Catarina Strauch. 27ª Câmara de Direito Privado. Foro de Guarulhos. J. 06/12/2016. Dje. 12/12/2016.

condomínio edilício.

2.3. Efeitos

Uma das principais questões que diz respeito aos efeitos do abuso do direito é se o abuso do direito enseja, necessariamente, responsabilização por perdas e danos. Conforme já abordado, o abuso do direito não exige a configuração de dano, pois se presta a frear o exercício de posições jurídicas disfuncionais, independentemente de ter ocorrido dano ou não.

O abuso do direito possui, primordialmente, função preventiva-repressiva, e, subsidiariamente, se houver dano, função reparatória. Essa posição parece bastante consolidada na doutrina, conforme será exposto a partir de algumas posições doutrinárias.²⁶⁵ Portanto, primeiramente se buscará a inibição da posição jurídica abusiva ou, tendo esta ocorrido, a reparação *in natura*.²⁶⁶

Conforme apresenta Eduardo Nunes de Souza, Josserand, em lição ainda

²⁶⁵ Vide Enunciado 549 da VI Jornada de Direito Civil: “O abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano”. Vide, ainda, sua justificativa: “A indesejável vinculação do abuso de direito a responsabilidade civil, consequência de uma opção legislativa equívoca, que o define no capítulo relativo ao ato ilícito (art. 187) e o refere especificamente na obrigação de indenizar (art. 927 do CC), lamentavelmente tem subtraído bastante as potencialidades dessa categoria jurídica e comprometido a sua principal função (de controle), modificando-lhe indevidamente a estrutura. Não resta dúvida sobre a possibilidade de a responsabilidade civil surgir por danos decorrentes do exercício abusivo de uma posição jurídica. Por outro lado, não é menos possível o exercício abusivo dispensar qualquer espécie de dano, embora, ainda assim, mereça ser duramente coibido com respostas jurisdicionais eficazes. Pode haver abuso sem dano e, portanto, sem responsabilidade civil. Será rara, inclusive, a aplicação do abuso como fundamento para o dever de indenizar, sendo mais útil admiti-lo como base para frear o exercício. E isso torna a aplicação da categoria bastante cerimoniosa pela jurisprudência, mesmo após uma década de vigência do código. O abuso de direito também deve ser utilizado para o controle preventivo e repressivo. No primeiro caso, em demandas inibitórias, buscando a abstenção de condutas antes mesmo de elas ocorrerem irregularmente, não para reparar, mas para prevenir a ocorrência do dano. No segundo caso, para fazer cessar (exercício inadmissível) um ato ou para impor um agir (não exercício inadmissível). Pouco importa se haverá ou não cumulação com a pretensão de reparação civil.”

²⁶⁶ Esse é o pensamento de Josserand, exposto e ratificado por Cunha de Sá (SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 629-630). Assim também se posiciona Ana Prata: “a forma ideal de indemnização é a reposição das coisas no estado em que elas se encontrariam se não fora a lesão (...). Só quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o credor, a lei admite que a indemnização seja fixada em dinheiro. Não obsta esse carácter subsidiário que a lei (...) atribui à indemnização pecuniária a que seja ela na prática, indiscutivelmente, a mais frequente” (Ana Prata. *Vocabulário jurídico*, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008, v. I, p. 758-759 apud GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 293).

atual, dividia as sanções ao abuso em três grupos: **(i)** perdas e danos (sanção pecuniária e reparatória); **(ii)** medidas judiciais preventivas, que representavam, em geral, o suprimento de manifestações de vontade ou o reconhecimento de invalidades (sanção *in natura* de cunho inibitório); e **(iii)** recusa de tutela jurídica ao titular da situação exercida abusivamente.²⁶⁷

Inácio de Carvalho Neto divide as sanções ao abuso do direito em dois grupos: diretas e indiretas. A primeira corresponde à sanção *in natura*, isto é, no desfazimento do ato, podendo corresponder à nulidade, inoponibilidade, rescindibilidade, entre outros. O segundo corresponde à reparação civil do dano, conforme os pressupostos da responsabilidade civil.²⁶⁸

Heloísa Carpena e Keila Pacheco Ferreira mencionam a nulidade como alternativa à indenização, esta última sem excluir outras formas de sanção.²⁶⁹

Bruno Miragem elenca como consequências jurídicas do abuso do direito: **(i)** o dever de indenizar; **(ii)** a nulidade ou a invalidade do ato abusivo; e **(iii)** a ineficácia do ato abusivo e ineficácia em razão do ato abusivo. Sobre o primeiro, não há necessidade de aprofundar os efeitos, já abordado anteriormente. No que concerne à segunda, trata-se de invalidade por nulidade do ato abusivo, ao passo que a terceira corresponde à ineficácia do ato em relação à determinado exercício ou pessoa, ou seja, se questiona o exercício e não o conteúdo da posição jurídica, não havendo nulidade. O autor ainda elenca a tutela inibitória do abuso como uma consequência jurídica, em sua eficácia preventiva, o que confirmaria a desnecessidade da presença de dano para que seja configurada a ilicitude e a possibilidade de agir preventivamente para evitar o ilícito e, por sua vez, a ocorrência do dano.²⁷⁰

Desta feita, enxerga-se alinhamento doutrinário acerca dos efeitos do abuso do direito. A função primária do abuso do direito é tornar ineficaz, parcial ou totalmente, a posição jurídica abusiva ou os efeitos dela, e, caso seja comprovada a

²⁶⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, p. 80.

²⁶⁸ Inácio de Carvalho Neto. Responsabilidade civil decorrente do abuso do direito, cit., p. 278-282 apud GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 293.

²⁶⁹ CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65 e FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, pp. 147-152.

²⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, pp. 185-198.

existência de danos, deverá ocorrer a reparação pecuniária, havendo, ainda, a possibilidade de recorrer à tutela inibitória para prevenir a ocorrência do abuso do direito. A ineficácia antes referida poderá se dar de diversas formas, mas estas não são passíveis de serem elencadas exaustivamente, pois a sanção *in natura* do abuso do direito não pode ser definida antecipadamente, dadas as especificidades de cada caso concreto²⁷¹.

No âmbito das decisões assembleares, o efeito da vedação ao abuso do direito será tornar ineficaz a decisão assemblear na medida em que ela for abusiva. Isso significa que determinada decisão assemblear pode ser abusiva (i) em parte e (ii) tão somente em relação a determinadas pessoas. Isto é, a decisão assemblear pode ser considerada abusiva em relação a determinado(s) condômino(s), mas não em relação a outro(s).

Por exemplo, uma decisão assemblear que veda a utilização de área comum pode ser considerada abusiva em relação aos condôminos que, por estarem utilizando parte dessa área comum há mais de uma década, criaram a legítima expectativa de que essa área não seria mais utilizada pelos demais condôminos, concretizando essa situação no tempo, diferentemente de outros condôminos que não criaram essa expectativa, seja porque não têm acesso a essa área comum, seja porque se tornaram condôminos em momento posterior, ou por qualquer outro motivo que não tenha criado a legítima confiança de que teriam direito ao uso exclusivo de determinada área comum.

A possibilidade de diferenciação da abusividade de uma decisão em relação a determinados condôminos e não a outros gera, contudo, uma discussão acerca de violação da isonomia. Impossível conceder uma resposta ampla e absoluta para determinar se haverá respeito ou não à violação da isonomia, pois esta análise é casuística, feita à luz de cada caso concreto.

A despeito da regra geral ser a isonomia de tratamento aos condôminos, entende-se que existirão determinadas situações que aproveitarão apenas a determinados condôminos, como é o caso do condômino que tem acesso exclusivo a determinada área ou que, ainda que seja acessível por outros condôminos, tal área não proporciona utilidade para estes últimos. Não haveria, assim, violação da

²⁷¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 50. Rio de Janeiro: Padma, abr-jun/2012, pp. 80-81.

isonomia, na medida em que as situações sobre as quais incide a norma jurídica são diversas. Seria não isonômico se os fatos fossem os mesmos, tal qual o caso do condômino que alterou o padrão das esquadrias ser obrigado a desfazê-la, enquanto o vizinho, no mesmo andar, fez o mesmo previamente, sem ser repreendido a alterá-las. No entanto, pode não ser o caso de violação da isonomia se um condômino que alterou o padrão das esquadrias da frente do prédio é repreendido a desfazer as alterações, enquanto outro condômino, de fundos do prédio, que também alterou o padrão das esquadrias, não foi, pois a relevância da fachada frontal pode ser diferente da fachada de fundos, fazendo com que o tratamento dos condôminos seja diferente. Cabe notar que o exemplo dado foi feito de forma superficial, pois a solução destes casos dependerá de particularidades específicas, como valor arquitetônico e histórico da fachada, visibilidade de cada fachada, descaracterização da fachada como um todo no decorrer dos anos, etc., o que deixa claro que a isonomia será apenas um dos elementos a serem considerados, não podendo ser aplicada abstratamente e de forma genérica, exigindo a aplicação, em especial, dos princípios da boa-fé e função social.

3. Situações de controle do abuso nas decisões assembleares

No capítulo anterior foi feito um estudo do abuso do direito em abstrato, estabelecendo os fundamentos da figura jurídica e, por sua vez, as premissas conceituais para a sua aplicação, com análise dos seus parâmetros legais e efeitos, com foco nas relações condominiais e suas decisões assembleares. No entanto, o abuso do direito só pode ser efetivamente analisado e verificado em concreto.

Para tanto o presente capítulo tratará do abuso do direito nas decisões assembleares tendo por base três situações abstratas, que se aproximam de casos concretos, quais sejam: **(i)** decisão assemblear que altera o rateio das quotas condominiais, aumentando a contribuição das unidades de cobertura; **(ii)** decisão assemblear que altera a destinação de área comum; e **(iii)** decisão assemblear que sanciona condômino antissocial com restrições ao direito de uso e gozo da propriedade. No entanto, os exemplos, ainda que estejam mais próximos da aplicação concreta do abuso do direito, não constituem casos reais, com todas as nuances e especificidades que lhe são inerentes.

Todos esses exemplos são pensados e serão tratados a partir da premissa que as decisões assembleares foram tomadas no âmbito dos condomínios residenciais – de apartamentos ou casas –, que são mais representativos dos conflitos condominiais e, em especial, porque constituem moradia e, por sua vez, espaço de desenvolvimento da personalidade humana de seus ocupantes, possuindo, por isto, maior relevância social e jurídica, fazendo com que a análise destes casos seja mais interessantes do que se fossem condomínios comerciais ou não residenciais.

Cada situação se baseará, primordialmente, em um dos três critérios legais do artigo 187 do Código Civil, a saber: **(i)** boa-fé na primeira situação; **(ii)** finalidade econômica ou social na segunda; e **(iii)** bons costumes na terceira. Diz-se “primordialmente”, pois mais de um critério pode ter aplicação simultânea, assim como outros critérios não previstos expressamente no artigo 187 também podem se aplicar conforme o caso concreto.

Os casos foram escolhidos pela possibilidade de explorar os critérios legais do abuso do direito e a importância prática que possuem no dia a dia dos condomínios edilícios, e não necessariamente por representarem casos jurisprudenciais paradigmáticos. Por isto, este capítulo não terá como foco a análise de casos jurisprudenciais, ainda que sejam trazidos alguns precedentes envolvendo

as situações estudadas. A pretensão deste capítulo é estudá-los em abstrato, apresentando a melhor aplicação do abuso do direito a cada caso.

Todos os casos versam sobre o exercício da vontade pela maioria condominial, que, tal como em qualquer decisão assemblear que não dependa da unanimidade, haverá, por evidente, uma minoria insatisfeita com o resultado da deliberação. Trata-se de um processo democrático necessário para permitir a tomada de decisão entre os condôminos. É natural que a vontade da maioria prevaleça, mas é preciso que o exercício desta vontade seja feito dentro da legalidade em sentido amplo, isto é, atendendo a sua função, tendo em vista a situação concreta. Conforme já afirmado, a vontade da maioria não é absoluta e, como tal, não está livre de controle valorativo.

Para que ocorra esse controle, é necessário que as decisões assembleares sejam devidamente fundamentadas. Não se espera, por evidente, o mesmo nível de fundamentação que teria uma decisão judicial, mas é preciso que, tal qual em uma decisão judicial, guardadas as devidas proporções, seja apresentado o raciocínio que conduziu àquela decisão específica.²⁷²

A despeito de serem abstratos, nem todos os casos apresentados correspondem à verificação do abuso do direito, se concluindo, em algum deles, que talvez não seja a hipótese de verificação de abuso. Ademais, em todos eles se pressupõe que os requisitos legais para a tomada de decisão em assembleia foram devidamente cumpridos, não havendo ilicitude *stricto sensu*.

3.1. Decisão assemblear que altera o rateio das quotas condominiais, aumentando a contribuição das unidades de cobertura

O presente item abordará a decisão que altera a forma de rateio das quotas ou despesas condominiais, resultando em uma contribuição maior para a(s) unidade(s) de cobertura de prédio de apartamentos residenciais. Como as unidades autônomas situadas na cobertura são, em geral, minoria, os seus proprietários não

²⁷² “A metodologia da interpretação e a fundamentação de decisões judiciais mostram-se especialmente relevantes para o desenvolvimento das formas de controle valorativo de atos da autonomia privada” (SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: Carlos Eduardo Guerra de Moraes; Ricardo Lodi Ribeiro. (Org.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 2, p. 82).

possuem poder de voto para impedir a alteração da convenção de condomínio, estando, portanto, sujeitos à vontade da maioria.

Essa alteração acaba por afetar o direito de propriedade do condômino, na medida em que o aumento da quota condominial pode impor um ônus significativo para que o respectivo condômino ou ocupante seja capaz de arcar com aquela cobrança excedente. A escolha de um imóvel abrange uma avaliação a ser feita pelo futuro ocupante quanto a sua capacidade econômica frente às despesas daquele bem. Mesmo nos casos em que a unidade autônoma é locada, o proprietário é diretamente afetado, pois a receita do aluguel será reduzida e/ou tornará mais difícil a locação a terceiros daquela unidade autônoma. Trata-se, portanto, de decisão assemblear de efeitos relevantes nas vidas dos condôminos, que, apesar de possuir natureza econômica, gera repercussões existenciais diretas, pois pode inviabilizar o pleno exercício do direito de propriedade e, por sua vez, do desenvolvimento da personalidade humana, que se dá, em grande parte, na residência.

Nos termos do artigo 1.336, I, do Código Civil²⁷³ a contribuição das despesas condominiais será feita conforme a fração ideal do terreno²⁷⁴ ou outra forma prevista em convenção, a ser livremente estipulada pelos condôminos. Na prática, a forma de rateio é definida pela incorporadora, através de elaboração de minuta da convenção de condomínio inserida no memorial de incorporação, que é aceita e validada pelos condôminos.

A despeito de existir autonomia dos condôminos para fixar a forma de divisão das despesas do condomínio edilício, esta deve ser equânime, proporcional e razoável²⁷⁵, e, em linhas gerais, lícita. Pedro Avvad propõe possíveis critérios lógicos (e lícitos) para divisão das despesas condominiais:

“a) **proporcional à fração ideal do terreno**, o mais usual porque a lei recomenda na ausência de qualquer definição na convenção; b) **pelo número de unidades**, o mais simples de todos, mas cabível, apenas, quando todas as unidades forem iguais e com a mesma destinação; c) **proporcional à área do imóvel**, podendo adotar-se, como indicador, a área útil ou a área construída, critério esse recomendável, a nosso juízo, se houver, no condomínio, as unidades com diferentes áreas, mas se tiverem todas a mesma destinação; d) **pelo critério de utilização** que divide as despesas proporcionalmente à capacidade ou possibilidade de utilização dos serviços por

²⁷³ “Art. 1.336. São deveres do condômino: I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção.”

²⁷⁴ A fração ideal do terreno ou do solo pode ser definida como sendo a participação ou titularidade do proprietário/condômino na totalidade do terreno sobre o qual aderiram as benfeitorias que compõe as áreas comuns e privativas do empreendimento imobiliário.

²⁷⁵ Sobre razoabilidade e proporcionalidade, por todos, vide ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

cada unidade, segundo o qual paga mais quem usa, ou pode usar mais (...); e) **proporcional ao valor de cada unidade** em relação ao valor total da edificação; e f) **critério misto**, utilizando-se dois ou mais critérios, aproveitando-se, em geral, o da proporcionalidade às áreas”.²⁷⁶

As duas formas mais usuais de cálculo da despesa condominial são as seguintes: **(i)** a baseada na fração ideal, prevista em lei, caso as partes não disponham de forma diversa; e **(ii)** a previsão baseada na igualdade de cobrança entre as unidades, valendo cada unidade como representativa de uma quota, independentemente do seu tamanho ou valor.

Existe um entendimento equivocado pelos tribunais brasileiros – e na sociedade, de forma geral – acerca da definição da fração ideal, associando-se tamanho do imóvel à fração ideal, no sentido de que unidades maiores possuiriam fração ideal maior, o que não procede.²⁷⁷ Ainda que unidades autônomas maiores (e, portanto, mais caras), possuam, de forma geral, fração ideal maior, isso não significa que exista uma correlação necessária entre tamanho e fração, pois a fração ideal não possui forma de cálculo prevista em lei. Na prática, as incorporadoras calculam a fração ideal tomando por base o “coeficiente de proporcionalidade”²⁷⁸.

Se o critério adotado em uma convenção de condomínio para divisão de despesas for a fração ideal e a unidade da cobertura tiver duas vezes a fração das demais unidades, esta pagará contribuição duas vezes maior que as demais unidades, já que possui o dobro da fração ideal, mas não porque possui o dobro da metragem (ainda que seja este o caso). Em outras palavras, mesmo que a unidade de cobertura tivesse metragem quadrada igual as demais unidades, a fração ideal poderia ser maior por diversos critérios, conforme acima exposto, fazendo com que

²⁷⁶ AVVAD, Pedro Elias. *Condomínio edilício*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 59.

²⁷⁷ Exemplificativamente, esse equívoco é visto em julgado de 2018 da 28ª Câmara do TJSP: “a fração ideal é a proporção que cada apartamento tem no empreendimento, ou seja, tudo o que for construído e estiver dentro do terreno, assim, quanto maior for a unidade, maior será a fração ideal” (TJSP. Apelação nº. 1006823-27.2016.8.26.0223. Relator: Dimas Rubens Fonseca. 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Data do Julgamento: 28/03/2018). André Abelha já se manifestou acerca desse falso consenso (ABELHA, André. O Invencível mito da fração ideal na incorporação imobiliária. Coluna Migalhas de Peso. Publicado em março de 2018. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/276650/o-invencivel-mito-da-fracao-ideal-na-incorporacao-imobiliaria>>. Último acesso em 09/08/2022).

²⁷⁸ Nos termos do item 3.14 da NBR 12.721, o coeficiente de proporcionalidade “é a proporção entre a área equivalente em área de custo padrão total da unidade autônoma e a área equivalente em área de custo padrão global da edificação”. Em complemento, “o coeficiente de proporcionalidade é um dado virtual, não métrico, mas atrelado ao valor de custo da unidade. Ele é obtido pela divisão da área de custo equivalente da unidade com o custo total do empreendimento” (<https://gluzengenharia.com.br/normas/complexidade-dos-quadros-da-nbr-12-721-pode-confundir-e-atrasar-o-empreendimento>). Último acesso em 10/08/2022).

a cobrança de despesa condominial fosse superior, ainda que isso possa parecer “injusto”, sob o ponto de vista da utilização (e gastos) do condomínio edilício.

Acerca da dita injustiça, existe entendimento de que a cobrança deveria, em regra, ser igual para todas as unidades, na medida em que a utilização do condomínio edilício e, por consequência, os gastos gerados, são, de forma geral, iguais para todas as unidades, pois o número de porteiros, o uso do elevador e o uso da piscina, por exemplo, costumam ser iguais. Para se justificar a cobrança diferenciada, deveria, sob esta visão, haver algo inerente a determinada unidade autônoma que implique em maiores despesas para o condomínio edilício, e não circunstâncias específicas de determinada unidade em certo momento, tal como o número de ocupantes da unidade, haja vista que o número de ocupantes varia ao longo do tempo, e unidades menores podem ter maior número de ocupantes que unidades maiores. Ocorre que, se o critério adotado foi o legal (i.e., divisão pela fração ideal), e as frações foram regularmente estabelecidas, não há fundamento para alterar as regras do jogo em detrimento de alguns condôminos, ou para buscar alterar a forma de rateio via decisão judicial, sem atender ao quórum legal.²⁷⁹

Na mesma linha, há corrente doutrinária e jurisprudencial que defende que os condôminos das unidades autônomas que, por motivos objetivos, vinculados à natureza e função de uma unidade autônoma – e não subjetivos, isto é, não atrelados ao perfil e preferências pessoais dos ocupantes de determinada unidade –, não façam uso de determinadas áreas comuns e, por isto, tenha utilização reduzida do condomínio, fará jus a ter despesa condominial inferior as demais unidades, tal como, por exemplo, uma loja comercial em edifício de uso misto que não irá fazer uso, por exemplo, de porteiro, elevador e áreas de lazer do condomínio.²⁸⁰

Qualquer ocupante ou condômino, ao optar por residir em determinado imóvel integrante de condomínio edilício, irá levar em consideração o valor das

²⁷⁹ Vide, a título exemplificativo, julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de 2019 que nega provimento à apelação que visava reverter sentença que indeferiu a alteração da forma de rateio, a fim de igualar todas as contribuições, pretendida por proprietária de unidade de cobertura que pagava maior contribuição condominial em virtude de ter maior fração ideal (TJ-RJ. Apelação 0179392-96.2017.8.19.0001. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Vigésima Segunda Câmara Cível. Data de Julgamento: 13/08/2019).

²⁸⁰ Acerca da obrigação do condômino que não utiliza – nem pode ou deve utilizar ordinariamente – determinada área comum do condomínio edilício contribuir de forma igual àqueles condôminos que a utilizam, conferir ABELHA, André. *Abuso do direito no condomínio edilício*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2013, pp. 69-74. Como exemplo, vide TJ-RS. Apelação Cível 70052533007 RS. Relator Rubem Duarte. Vigésima Câmara Cível. Data de Julgamento: 22/05/2013. Data de Publicação: 10/06/2013.

despesas condominiais que são devidas mensalmente. Essa tomada de decisão será feita, naturalmente, com base na renda mensal do ocupante. A partir dessa tomada de decisão, o ocupante terá a natural expectativa e confiança que aquela cobrança se manterá similar ao longo do tempo, ainda que tenha variações a maior por força de correção monetária ou aumento de despesas. Não é esperado, portanto, que seja feita a alteração repentina do critério de rateio das despesas condominiais, impondo ao condômino aumentos exorbitantes.

Desta feita, a alteração da forma de rateio que implica majoração da cobrança para determinados ocupantes deve ser algo excepcional, devidamente justificado e fundamentado, na medida em que afeta o próprio direito de propriedade e viola a confiança que os condôminos ou ocupantes criam na estabilidade do critério de divisão de despesas. Esta confiança decorre da legítima expectativa de que uma regra fundamental da relação condominial, como o critério de rateio de despesas, não será subitamente alterada, sem que exista um legítimo fundamento para tanto.

No caso de alteração do critério de rateio das despesas condominiais que implique em uma majoração da contribuição atribuída às unidades autônomas de cobertura, essa alteração não pode ocorrer por mero arbítrio da maioria, que deseja reduzir a contribuição de suas unidades autônomas, que correspondem à maioria, para, em contrapartida, aumentar a contribuição das unidades de cobertura, que correspondem à minoria. Se fosse assim, todos os condomínios poderiam alterar a forma de rateio para majorar a contribuição de unidades autônomas que constituam uma minoria, utilizando como fundamento questões variadas, tal como tamanho ou valor da unidade autônoma, criando uma insegurança permanente, afetando o próprio direito de propriedade.²⁸¹

O tempo é fator relevante na análise da confiança criada, e, por sua vez, na segurança jurídica. Há diversidade de opções para adoção do critério a ser escolhido para rateio das despesas condominiais quando da instituição do condomínio edilício, mas este não pode ser alterado sem que haja um motivo excepcional

²⁸¹ Neste sentido se manifesta André Abelha: “Embora a aprovação do critério de rateio por apenas 2/3 dos condôminos possa parecer, para muitos, a solução que salta aos olhos, por contar com o apoio dos artigos 1.333 e 1.351, ambos do Código Civil, a sua aplicação literal daria margem a muitas injustiças. Com base nela, dois terços dos condôminos terão, como se viu no caso da cobertura, a chancela para atribuir ao terço restante o pagamento de todas as despesas do edifício!” (ABELHA, André. *Abuso do direito no condomínio edilício*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2013, pp. 73-74).

devidamente justificado, sob pena de gerar enorme insegurança jurídica, pois a qualquer dia o condômino ou ocupante poderia se ver impossibilitado de contribuir com uma despesa condominial muito superior àquela que havia sido previamente acordada, afetando diretamente seu direito de propriedade e/ou moradia. É preciso tratar de forma diferenciada um critério que foi aceito e adotado desde o início da existência do condomínio edilício, de outro critério que foi adotado no meio da vigência do contrato, alterando as regras no meio do jogo.

Conforme antes exposto, a convenção de condomínio é um contrato de natureza estatutária ao qual os adquirentes de unidades autônomas devem se subrogar. Neste sentido, os adquirentes têm a opção de aderir a um regimento existente, concordando assim, ao adquirirem a unidade autônoma, com o critério vigente. Isso já não acontece com o condômino ou ocupante que se vê obrigado a acatar decisão assemblear com a qual não concordou, tal qual aquela que altera a forma de rateio das despesas condominiais, o que justifica um controle mais rígido da vontade da maioria para alterar o critério de rateio de despesas vigente.

Isso não quer dizer que a forma de rateio jamais poderá ser alterada, ou que o quórum para alteração do critério de rateio de despesas seja ou devesse ser a unanimidade dos condôminos. Significa que qualquer mudança só deve ser admitida se for tutelável pelo ordenamento, estando devidamente justificada, em atendimento aos interesses da comunidade condominial, em consonância, portanto, com os princípios da solidariedade e função social.

Na prática, isso significa que uma mudança tão impactante no direito de propriedade seria admissível apenas para fins de correção de flagrante distorção no critério de rateio, considerado patentemente não equânime. Seria o caso, por exemplo, de uma unidade de cobertura, de maior valor, com igual ou maior área que as demais unidades que não sejam de cobertura, contribuindo com valor inferior que as demais unidades, por força de critério de rateio definido com este fim específico – inclusive com base na fração ideal, que é critério legal –, tal como, em razão de interesse particular do incorporador, que pode ter atribuído fração ideal menor, com igual poder de voto, o que seria um caso notável de abuso do direito por violação da boa-fé e função social (da propriedade). Pode-se aventar, ainda, uma divisão feita com base na fração ideal – que é o critério legal, não sujeito, a princípio, a questionamento –, mas que seja comprovado que o cálculo da fração ideal não tem um fundamento lógico ou legítimo, mostrando-se, com isto, iníqua.

Nestes casos, a mudança seria motivada e funcional, cujo intuito é trazer equilíbrio às contribuições econômicas dos condôminos, corrigindo abuso pretérito resultante do exercício disfuncional da autonomia das partes ao fixarem critério iníquo para rateio das despesas condominiais.²⁸²

O exposto acima não se trata, contudo, de defesa do direito das coberturas de contribuírem de forma igualitária com as demais unidades, pois é totalmente legítimo que a contribuição das unidades de cobertura seja maior, por fundamentos variados. A controvérsia se dá pela modificação da forma de rateio sem que haja justificativa funcional, nos termos já expostos. Portanto, a despeito do exemplo tratado neste item ser a alteração da contribuição devida por unidade(s) de cobertura em razão do interesse das demais unidades do condomínio, o mesmo raciocínio se se aplica à pretensão dos condôminos de cobertura de alterarem a forma de rateio para reduzirem a contribuição que lhes cabe, se licitamente estipulada. Por exemplo, se a unidade de cobertura, à qual cabe maior contribuição, buscar reduzir o valor da contribuição porque o critério de cobrança é, por exemplo, a fração ideal, e esta possui maior fração ideal, será o caso de não tutela dessa pretensão (se exercida judicialmente, até porque as unidades de cobertura não possuem, via de

²⁸² André Abelha apresenta o seguinte exemplo teórico, que representa exercício disfuncional da autonomia das partes no estabelecimento do critério de rateio, que autorizaria a sua modificação para fins de correção do desequilíbrio nas relações condominiais: “Imagine-se a seguinte situação: o incorporador de um prédio com trinta apartamentos, objetivando permanecer com a cobertura, atribui a essa unidade a fração ideal de 0,35. Com isso, a sua unidade, sozinha, será titular de mais de um terço das partes comuns. A convenção por ele aprovada, quanto à contagem dos votos, adota o critério previsto no parágrafo único do art. 1.352 do Código Civil, que é o da proporcionalidade em relação à fração ideal. Finalmente, no tocante às despesas, ele estipula que os titulares dos 29 apartamentos-tipo pagarão as despesas igualmente, na proporção de 1/29 cada, ficando a cobertura isenta de todas as despesas.

Quando o condomínio é instalado, e as despesas surgem, os 29 condôminos se dão conta da injustiça, e pretendem retirar a isenção da cobertura, o que implica na alteração do critério de divisão de despesas, que passaria de 1/29 para 1/30 por condômino. Como se viu, doutrina e jurisprudência divergem sobre o quorum mínimo para a alteração do critério de rateio de despesas, mas para o nosso exemplo ele é irrelevante, e podemos nos ater ao mínimo incontroverso, ou seja, 2/3 do total de votos (0,6667). Ora, ainda que os 29 condôminos consigam a proeza de se unirem a ponto de todos eles, por si ou por seus procuradores, comparecerem à assembléia cuja ordem do dia é a mudança do rateio, ainda assim eles, juntos, terão apenas 0,65 do total, quando seria necessário 0,6667 para a alteração da convenção. Em outras palavras, o titular da cobertura teria o poder de veto. E do ponto de vista estritamente legalista, os coproprietários restantes nada poderiam fazer.

Entretanto, esse direito de veto do proprietário da cobertura, utilizado com o propósito de manter a sua isenção das despesas, estaria sendo, no caso concreto, exercido de modo abusivo, pois em desacordo com o princípio que veda o enriquecimento sem causa. A proibição ao abuso do direito atuarial aqui como limite à autonomia privada, e abriria as portas para que os condôminos restantes (0,65) deliberem sobre a alteração no critério de rateio” (ABELHA, André. *Abuso do direito no condomínio edilício*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2013, p. 61).

regra, quórum qualificado de 2/3 dos condôminos).²⁸³

A boa-fé é critério central para fundamentar a impossibilidade de alteração da forma de rateio sem que haja uma devida justificativa e função, cumprindo com os interesses sociais do condomínio edilício, haja vista a legítima confiança dos condôminos e ocupantes de que o critério de rateio de despesas não será alterado sem que haja fundamento tutelável para isto, rompendo o *status quo* e equilíbrio que vigorava até então.²⁸⁴ Além disso, a boa-fé impõe aos condôminos a obrigação de atuarem de forma colaborativa, em atendimento aos interesses da coletividade como um todo, cumprindo com a função social que informa a prerrogativa de alterar a convenção de condomínio com o fito de modificar a forma de rateio das despesas condominiais.

Cabe notar que a legítima confiança decorrente da boa-fé neste caso não corresponde à aplicação das figuras parcelares da boa-fé de *supressio* e *surrectio*, na medida em que não está a se falar de contradição ou expectativa criada com base em uma conduta anterior, mas em uma situação consolidada no tempo, que não deverá ser subitamente alterada, sem que ocorra fato novo que a justifique. Não se trata de confiança nos atos e comportamentos dos demais condôminos, mas na manutenção do equilíbrio estabelecido até então para o rateio das despesas condominiais.

Além de violar a boa-fé objetiva, a alteração abusiva da forma de rateio, que impõe a condôminos uma despesa extra – e ilícita – de condomínio, afeta o próprio

²⁸³ Vide, neste sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negou, em 1ª e 2ª instâncias, a pretensão de proprietário de cobertura para reduzir a contribuição de sua unidade de cobertura, que tinha fração maior e quatro vezes o tamanho da “unidade básica”. (TJ-RJ. Apelação Cível 0029680-90.2017.8.19.0208. Relator: Des. Cleber Ghelfenstein. Décima Quarta Câmara Cível. Data de Julgamento: 07/10/2020. Data de Publicação: 08/10/2020).

²⁸⁴ Trata-se de caso diferente do exemplo teórico escolhido, que envolve coberturas de condomínio, mas a título exemplificativo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, por maioria, que foi lícito, no caso concreto, alterar o critério estabelecido até então, no sentido de que todas as unidades de condomínio de lotes pagariam quotas condominiais iguais, pois são terrenos de tamanhos diversos, o que foi questionado por condôminos que vieram a adquirir mais de um lote, que desejavam estabelecer novo critério que reduzisse a cobrança dos novos lotes em 50%, na medida em que o mesmo proprietário tivesse mais de um lote, sob o argumento de que a utilização do condomínio e despesas geradas seriam as mesmas. Por serem maioria, conseguiram alterar a convenção, o que foi questionado pela minoria que viu sua contribuição ser majorada, que perdeu tanto em primeira como segunda instância. O juízo de 1ª instância entendeu que a alteração não excedia manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O relator, vencido, deu provimento ao apelo, entendendo caber manter a forma originalmente avençada, baseada na fração ideal, que era igual para todos os imóveis (TJ-RS. Apelação Cível 0216251-51.2013.8.21.7000. Relator: Des. Luiz Renato Alves da Silva. Redator Des. Gelson Rolim Stocker. Décima Sétima Câmara Cível. Data de Julgamento: 13/11/2014. Data de Publicação: 24/11/2014).

direito de propriedade. Conforme antes mencionado, esse aumento pode inviabilizar a manutenção da propriedade e/ou da ocupação, ou, mesmo em caso de locação, impedir que o proprietário consiga obter o mesmo rendimento anterior com a locação. O imóvel constitui não apenas ativo patrimonial, como também espaço de desenvolvimento da personalidade humana. Por isto, pode-se afirmar que a modificação da forma de rateio no interesse exclusivo de uma maioria, em prejuízo de uma minoria, sem que esta seja funcional, constitui abuso do direito.

Portanto, a alteração do critério de rateio das despesas condominiais com a finalidade exclusiva de reduzir a contribuição das unidades que não sejam de cobertura, sem que tal modificação se preste a corrigir uma distorção pretérita na adoção do critério de rateio, em atendimento, exclusivamente, aos interesses de uma maioria e não da coletividade, se mostra manifestamente disfuncional, constituindo exercício abusivo do direito da maioria de alterar a convenção de condomínio, em violação à boa-fé objetiva, que exige dos condôminos que atuem sempre em prol do interesse coletivo, em espírito solidário, visando o bem do condomínio, e não, exclusivamente, o interesse próprio e cria nos condôminos e ocupantes a legítima expectativa de que o critério de rateio de despesas não será alterado em benefício exclusivo da maioria, por livre arbítrio, sem fundamento legítimo.

O efeito do artigo 187 do Código Civil sobre a decisão assemblear que altera a forma de rateio de forma abusiva será torná-la inválida e, por sua vez, ineficaz. Desta feita, tal decisão abusiva não produzirá efeito, devendo qualquer valor excedente que tiver sido pago por força do novo critério de rateio de despesa, ser restituído, não cabendo, em abstrato, perdas e danos, salvo se estas forem comprovadas no caso concreto, pois a invalidade importará na restituição dos valores pagos, não havendo de se falar, de forma automática e presumida, em perdas e danos para tal situação.

3.2. Decisão assemblear que altera a destinação de área comum

O presente item tratará da alteração de destinação de área comum mediante decisão assemblear, que pode ocorrer mediante a realização de obra, ou não, podendo esta ser útil ou voluptuária. Analisar-se-á, portanto, se a decisão que deliberou pela obra ou mudança de destinação pode ser considerada abusiva.

Sobre quórum de alteração de destinação de parte das áreas comuns, o

Código Civil não prevê quórum legal para tanto, estabelecendo tão somente, no artigo 1.351²⁸⁵, o quórum qualificado de dois terços dos condôminos para alteração da destinação da edificação ou de uma unidade autônoma²⁸⁶. O artigo 1.342 do Código Civil²⁸⁷ estabelece, por sua vez, o quórum qualificado de 2/3 para realização de obras na área comum em acréscimo às já existentes, a fim de lhes facilitar ou aumentar a utilização.

No que diz respeito às obras a serem realizadas na área comum do condomínio edilício, quando voluptuárias ou úteis, estas dependem, nos termos de artigo 1.341 do Código Civil²⁸⁸, respectivamente, de aprovação assemblear pelo quórum de 2/3 e de maioria dos condôminos. Excepcionam-se apenas as obras necessárias, que podem ser realizadas pelo síndico, ou, na omissão deste, pelos condôminos, sem aprovação da assembleia de condomínio.

Quando não há quórum especial, o artigo 1.352 do Código Civil²⁸⁹ determina que o quórum aplicável será o da maioria dos presentes, que representem pelo menos metade das frações ideais do condomínio.

O quórum de 2/3 pode ser interpretado como necessário também nos casos em que a convenção atribui certa destinação para determinada área comum, de modo que a alteração da destinação desta área exigiria a alteração da convenção pelo referido quórum.

Os artigos acima referidos permitem concluir que a alteração de destinação de determinada área comum poderá ser aprovada com quórum de maioria simples ou maioria qualificada de 2/3, a depender do tipo de obra a ser realizada, quais sejam: útil, voluptuária ou com acréscimo de área comum. Ou, ainda, pode ser possível a alteração de destinação sem que seja feita qualquer obra, tal como é o

²⁸⁵ “Art. 1.351. Depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção, bem como a mudança da destinação do edifício ou da unidade imobiliária”.

²⁸⁶ O quórum de modificação da destinação foi recentemente alterado de unanimidade para 2/3, por força da Lei nº. 14.405/2022.

²⁸⁷ “Art. 1.342. A realização de obras, em partes comuns, em acréscimo às já existentes, a fim de lhes facilitar ou aumentar a utilização, depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos, não sendo permitidas construções, nas partes comuns, suscetíveis de prejudicar a utilização, por qualquer dos condôminos, das partes próprias, ou comuns.”

²⁸⁸ “Art. 1.341. A realização de obras no condomínio depende:

I - se voluptuárias, de voto de dois terços dos condôminos;

II - se úteis, de voto da maioria dos condôminos.

§ 1º As obras ou reparações necessárias podem ser realizadas, independentemente de autorização, pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer condômino.”

²⁸⁹ Art. 1.352. Salvo quando exigido quorum especial, as deliberações da assembleia serão tomadas, em primeira convocação, por maioria de votos dos condôminos presentes que representem pelo menos metade das frações ideais.

caso da conversão de um salão de festas em área de escritório ou exercício.

Na medida em que as áreas comuns pertencem a todos os condôminos de forma conjunta, qualquer decisão que afete tais áreas diz respeito ao interesse comum dos condôminos. Logo, ainda que a lei estabeleça o quórum de maioria ou maioria qualificada para a alteração dessas áreas, não pode a decisão constituir exercício discricionário do interesse da maioria, em detrimento do interesse coletivo. É preciso que tal alteração atenda aos interesses do condomínio edilício como um todo, e não, tão somente da maioria. Essa diferença pode ser sutil e difícil de avaliar na prática. Trata-se, por evidente, de avaliação casuística, a ser realizada em conformidade com os valores constitucionais, primariamente da função social.

A função social a ser avaliada no caso de alteração da destinação de área comum deve levar em consideração o grau de utilidade desta área comum, à qual será concedida nova destinação. Para tanto, mostra-se pertinente recorrer ao paradigma da essencialidade, proposto por Teresa Negreiros. Por esta construção, os bens são classificados como essenciais, úteis ou supérfluos, à luz da sua função, o que levará em conta sua utilidade existencial, isto é, sua direta utilização pela pessoa, visando a satisfação de necessidades humanas, de forma que o interesse patrimonial estará subordinado ao interesse existencial. O grau de utilidade do bem é, portanto, aferido conforme a sua natureza e destinação, à luz das circunstâncias funcionais do caso concreto.²⁹⁰

Uma piscina que sirva, por exemplo, ao mero deleite dos condôminos de um empreendimento residencial, pode ser considerada voluptuária. Já uma piscina que sirva aos condôminos de um condomínio de uso misto, hoteleiro e residencial, pode ser considerada útil. Por outro lado, se a piscina servir para a prática de exercícios necessários à conservação da saúde de condômino(s), poderá ser considerada essencial.²⁹¹

Essa análise será sempre casuística e dependerá do caso concreto, incluindo localização (e.g, local de elevadas temperaturas em que uma piscina seja essencial para fins de recreação), tipo de condomínio (e.g., residencial ou comercial, pequeno

²⁹⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 470 e 517-519. Esse critério é adotado por André Abelha para aferir a função que as partes comuns podem exercer na tutela ou na promoção da dignidade da pessoa humana (ABELHA, André. *Abuso do direito no condomínio edilício*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2013, p. 106).

²⁹¹ Este exemplo, com ajustes, é apresentado por Negreiros (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 434).

ou grande, etc), momento no tempo (e.g., se já havia uma piscina no local ou se pretende fazer uma), entre outros inúmeros fatores. Utilizando-se de outro exemplo, um sistema de segurança pode ser considerado essencial em uma cidade perigosa, ao passo que em uma cidade segura poderia ser considerado útil.

Isso não significa que o condomínio edilício não possa sofrer alterações em sua área comum no decorrer de sua existência. Como antes notado, o condomínio é instituto jurídico que vigora por longo período, indeterminado, não estando destinado a se extinguir após o cumprimento do fim a que se destinava, tal qual outros institutos jurídicos. Desta forma, o condomínio – e a edificação que lhe corresponde – deve permanecer conservado, funcional e útil, tutelando permanentemente os interesses comuns, se adaptando, assim, às necessidades dos condôminos e às mudanças sociais, estando estas duas diretamente conectadas. Isso significa que deve sim o condomínio sofrer obras que se adaptem aos interesses atuais e comuns dos condôminos.

O tempo, mais especificamente, a situação estabelecida, é fator relevante para avaliar a alteração ou manutenção de determinada área comum. Se for obra para fins de manutenção – inclusive aprimoramento e atualização – da situação vigente, isto é, o condomínio tal qual foi criado e todos os condôminos aderiram, essa obra cumprirá com a função social e econômica da edificação, que é mantê-la funcional, atendendo ao propósito para a qual foi construída. A alteração, por outro lado, modifica o *status quo*, o que exige uma análise mais criteriosa a fim de verificar se aquela modificação cumpre com a função social e econômica. Seria ela danosa aos interesses econômicos e existenciais dos condôminos?

Por exemplo, se a obra que se pretende fazer é para desfazer a piscina existente do condomínio ou construir uma nova. Se uma determinada benfeitoria, como uma piscina, já existe em determinado momento, sua extinção posterior deve ser devidamente justificada e fundamentada, à luz da função social e demais princípios aplicáveis. Da mesma forma, se se pretende construir uma piscina em condomínio que não possui uma, essa decisão também deve ser devidamente justificada e fundamentada, também à luz da função social e demais princípios aplicáveis. Percebe-se que situações exatamente opostas – a construção e o desfazimento – devem ter o mesmo tratamento. Ambas geram implicações financeiras (imediatas e mediatas, relativas à construção e à manutenção, respectivamente) para o condomínio e para os condôminos, de forma que é preciso

prestigiar a situação pretérita, ao qual os condôminos já haviam acordado, em detrimento de uma nova que altera o *status quo*. A alteração de área comum deve ser realizada considerando os interesses comuns. Em caso de violação dos interesses comuns, tal alteração será reputada abusiva por violação da função social.

Cabe notar que a realização de obras para atualização do condomínio face à passagem do tempo e às necessidades de seus condôminos e ocupantes constitui cumprimento da função social da propriedade. A título de exemplo, se um condomínio, quando concebido, previa um restaurante para o seus moradores, mas ao longo do tempo, por força da mudança das relações sociais e econômicas – tal como o serviço imediato e acessível da entrega à domicílio –, esse restaurante se tornou subutilizado e, portanto, tornou-se inviável do ponto de vista econômico, será legítima a alteração de destinação de uso daquela área, para, por exemplo, transformá-la em sala de *home office*, que se tornou necessária em tempos de trabalho remoto, especialmente naqueles condomínios de apartamentos de pequena dimensão. Neste exemplo, verifica-se evidente a tutela do interesse comum do condomínio, na medida em que se deu utilidade patrimonial e existencial à área comum que estava subutilizada. Não se tratou, portanto, de mera mudança de destinação que atendeu a interesse exclusivo de determinados condôminos, em benefício destes, mas de uma mudança que visa o interesse efetivamente coletivo, do condomínio.

Ocorre que, mesmo nesse caso, em que não se verifica o abuso, poderá haver uma análise de merecimento de tutela entre interesses contrapostos, isto é, manter a destinação como restaurante e alterar a destinação para *home office*. Após ter sido verificada a análise de legalidade *stricto sensu*, é feita uma análise acerca da existência ou não de abuso, que precisará ser manifesta. Após, é preciso, ainda, verificar se existem interesses socialmente relevantes contrapostos que mereçam maior tutela que aquele objeto de aprovação em assembleia.

Retornando ao exemplo da piscina, se um grupo de condôminos pretende suprimir uma piscina para, em seu lugar, realizar área de estacionamento de veículos, será preciso analisar se, no caso concreto, tal alteração está sendo realizada para tutelar o interesse da coletividade de ocupantes do condomínio. Supondo que tais vagas adicionais de veículo se prestem a atender ao interesse de uma maioria dos condôminos que pretende estacionar dois veículos no edifício, aumentando a capacidade máxima equivalente de um veículo por unidade

autônoma. No entanto, a piscina é utilizada por uma minoria que optou por aquele determinado condomínio, entre outros motivos, por ter uma piscina, o que, para esses condôminos minoritários, é determinante em termos existenciais, tal como para fins de lazer com os filhos e/ou cuidado com a saúde. Ora, neste caso pode não haver manifesto abuso do direito, pois pode ser funcional e, por sua vez, legítimo que parte dos condôminos, que correspondem à maioria, pretendam modificar área comum destinada à piscina para vagas estacionamento de veículos. No entanto, pode ser que, no caso concreto, a função social incida para tornar ineficaz a decisão de suprimir a piscina, haja vista que essa possui uma utilidade existencial e, portanto, essencial para o desenvolvimento da personalidade humana de determinados condôminos, o que deve ser privilegiado em relação a criação novas vagas de estacionamento. Além disso, é relevante que o condomínio foi concebido com esta área de lazer, cabendo ser admitida a supressão de área comum desta relevância – do ponto de vista existencial e não apenas patrimonial – apenas em situação excepcional que, no interesse comum, se faça necessária e justificável.

Imaginando, por outro lado, cenário em que a assembleia delibere a supressão parcial de uma piscina da área comum do condomínio para permitir a expansão de área de estacionamento para veículo de morador(s) deficiente(s) físico(s), que precisa(m) de maior espaço para embarque e desembarque. Nesse caso, pode ser que a decisão que vete tal modificação da área comum seja tida como abusiva, pois viola a função social. Ainda que não seja considerada abusiva, haverá uma contraposição de interesses conflitantes, podendo o ordenamento privilegiar a tutela do interesse do(s) morador(es) deficiente(s) em contraposição ao interesse de determinados condôminos desfrutarem de uma piscina maior.

O efeito da verificação da abusividade ou falta de merecimento da decisão assemblear será, tal qual nos demais casos, torná-la ineficaz, fazendo com que a alteração de destinação e/ou obras que decorreriam da decisão sejam interrompidas, impedindo o seu início ou, a depender do seu estágio, até no seu desfazimento. Haveria nesses casos direito a perdas e danos? A resposta desta pergunta precisa ser feita casuisticamente e demandaria maior aprofundamento teórico, mas não se enxerga, em abstrato e via de regra, o direito do condômino que se viu privado do uso de determinada área comum por força de decisão tida como abusiva que realizou obra que a extinguiu ser indenizado por perdas e danos, haja vista a necessidade de comprovação de um dano emergente ou extrapatrimonial por parte

desse condômino.

Portanto, não havendo abuso do direito, cabe ponderar os interesses conflitantes e verificar se existe situação que seja mais merecedora de tutela, de forma que uma deva ser privilegiada em face da outra. Naturalmente, salvo se a tutela prioritária, à luz dos valores constitucionais, for a manutenção da piscina, a decisão assemblear será válida e eficaz. Em outras palavras, para que a decisão assemblear seja eficaz, é preciso que esta seja não seja abusiva e ainda seja merecedora de tutela quando ponderada com interesse conflitante na medida em que aquela melhor promova os valores constitucionais.

No entanto, todos esses casos só podem ser analisados em concreto, com todas as especificidades que envolvem um caso real. Desta feita, os exemplos acima trazidos servem apenas para exemplificar possíveis aplicações do abuso do direito e, ainda, do merecimento de tutela, estimulando reflexões do leitor a respeito.

3.3. Decisão assemblear que sanciona condômino antissocial com restrições ao direito de uso e gozo da propriedade

Nos termos do artigo 1.337 do Código Civil²⁹² o condômino antissocial, que é aquele que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio²⁹³, poderá, mediante assembleia representativa de $\frac{3}{4}$ dos condôminos, ser penalizado a pagar multa correspondente a 5 vezes a sua contribuição mensal. Nos termos do parágrafo único do referido artigo²⁹⁴, caso o comportamento antissocial provoque incompatibilidade de convivência com os demais condôminos, a multa poderá, mediante o mesmo quórum, alcançar o valor de 10 vezes a contribuição mensal.

²⁹² “Art. 1337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.”

²⁹³ Para André Abelha, “a noção de condômino antissocial está ligada ao uso nocivo (ou anormal) da propriedade condominial, assim considerado como a infração aos deveres previstos nos incisos II a IV do art. 1.336 do Código Civil.” (ABELHA, André. *Abuso do direito no condomínio edilício*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2013, p. 140).

²⁹⁴ “Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia.”

Para Pedro Avvad, a conduta descrita no *caput* do artigo acima pode ser designada de “conduta abusiva” ou “comportamento abusivo”, que teria semelhanças com o abuso do direito. Para este autor, o que caracteriza este tipo de infração é a reiteração de outras faltas; a contumácia na infringência dos deveres condominiais e, em síntese, o abuso no desafio à ordem interna.²⁹⁵ Já a conduta descrita no parágrafo único reflete um comportamento antissocial mais grave, tornando incompatível a convivência com os demais condôminos, daí se designar este condômino de antissocial.²⁹⁶

Tal artigo deve ser interpretado conjuntamente com o artigo 1.336, inciso IV, por força do qual é dever de cada condômino “dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes”. Este inciso representa a vedação ao “uso nocivo”.²⁹⁷ A redação deste inciso é aberta – especialmente por força da expressão “maneira prejudicial” e da cláusula geral de bons costumes –, permitindo interpretações variadas do que seria esse uso nocivo.

Tal como qualquer norma, mas em especial este tipo de norma, a interpretação exigirá uma análise casuística, o que é, inclusive, esperado, pois seria inviável delimitar no texto legal diversas possíveis atitudes que seriam consideradas nocivas ao condomínio edilício. No entanto, pode-se vislumbrar, a título meramente exemplificativo, as seguintes atividades: agressões verbais a outros condôminos; volumes de aparelhos de som recorrentemente altos; pancadas recorrentes nas paredes das áreas privativas, reverberando nos vizinhos, sem fundamento; andar nu pelas áreas comuns; andar alcoolizado, incomodando e/ou trazendo perigo para ocupantes, visitantes e funcionários do condomínio; realização de atividades libidinosas nas áreas comuns; impedir ou atrapalhar, de qualquer forma, o fluxo de veículos de transporte da garagem do condomínio; estocar quantidade perigosa de produtos inflamáveis sem motivo justificável; realizar atividades perigosas no condomínio, pondo em risco a edificação; produção de odores insuportáveis;

²⁹⁵ AVVAD, Pedro Elias. *Condomínio em Edificações no Novo Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 92.

²⁹⁶ Parte da doutrina entende que a penalidade pecuniária em questão poderá, nos termos da lei, ser aplicada pelo síndico até que assembleia posterior a valide ou a altere (RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 133-134 e ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Condomínio Edilício in *Curso de Direito Imobiliário*. Org. Marcus Vinícius Motter Borges. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 531).

²⁹⁷ AVVAD, Pedro Elias. *Condomínio em Edificações no Novo Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pág. 82.

manutenção e/ou circulação de animais que colocam em risco ou afetam a segurança dos demais condôminos, entre outros.²⁹⁸ Reforça-se que, para configurar inviabilidade de convivência, é preciso que tais atividades sejam praticadas de forma reiterada.

Doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores reconhecem que o condomínio que reiteradamente deixa de cumprir com a obrigação de contribuição mensal, causando embaraços econômicos à manutenção do condomínio edilício, poderá sofrer outras medidas restritivas para além da multa pecuniária que é limitada a 2% do débito, prevista no parágrafo primeiro²⁹⁹ do artigo 1.336. Este condômino poderá incidir na penalidade de cinco vezes o valor da quota condominial prevista no artigo 1.337, pois esta última tem efeitos sancionatórios para o condômino que se tornou inadimplente contumaz, ao passo que a multa de 2% antes referida tem natureza moratória.³⁰⁰

Conforme antes abordado, os bons costumes atuarão para impor a utilização da unidade autônoma de forma razoável, conforme os usos e costumes locais, mais especificamente do condomínio edilício em questão. Serão, por sua vez, parâmetro de controle de decisões assembleares que apliquem penalidades ou restrinjam direitos.

Medida restritiva disponível quando a penalidade pecuniária não funcionar é impedir a utilização parcial das áreas comuns. De acordo com doutrina relevante, tal medida seria lícita para os casos de condômino antissocial, mas que não dissesse respeito a dívidas patrimoniais³⁰¹ ou que se restringisse a determinadas áreas comuns isoladas (e.g., o salão de festas), desde que não impeçam o exercício do direito de propriedade e causem constrangimentos ou vexames que, por sua natureza, violariam a dignidade do condômino (e.g., impedir o uso de garagem,

²⁹⁸ A título meramente exemplificativo, vide alguns destes exemplos de conduta antissocial em ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Condomínio Edilício*. Aspectos de Direito Material e Processual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 137.

²⁹⁹ “§ 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.”

³⁰⁰ Acerca do condômino que se torna inadimplente contumaz e, por sua vez, antissocial, vide: (i) BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 1.388; e (ii) Recurso Especial 1.247.020-DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 15/10/2015, DJe 11/11/2015. Em sentido contrário, de não poder ser enquadrado como antissocial o condômino inadimplente, vide ABELHA, André. *Abuso do direito no condomínio edilício*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2013, p. 139.

³⁰¹ BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 1.388.

elevadores, serviços de portaria, abertura de portão, etc)³⁰². O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou ser ilícita a prática de privar o condômino inadimplente do uso de áreas comuns do edifício, “incorrendo em abuso de direito a disposição condominial que proíbe a utilização como medida coercitiva para obrigar o adimplemento das taxas condominiais”.³⁰³

Relevante doutrina entende que, a despeito da omissão legislativa, se as penalidades pecuniárias previstas em lei não forem suficientes para impedir que o condômino antissocial continue afetando negativamente outros condôminos, já que afeta diretamente o direito de propriedade, o condômino antissocial poderá, com base no princípio da função social, ser afastado da convivência do condomínio edilício, mediante restrição ao uso pessoal da propriedade, sendo possível que este condômino continue alugando ou emprestando o imóvel, ou livremente aliená-lo. Essa medida apenas pode ser adotada de forma excepcional, após esgotada todas as demais menos gravosas.³⁰⁴

Em qualquer caso o condômino antissocial tem direito ao contraditório, concedendo-se prazo para que o condômino possa se defender perante a assembleia

³⁰² ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Condomínio Edilício*. Aspectos de Direito Material e Processual. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 135-137.

³⁰³ STJ, Recurso Especial n°. 1.699.022/RJ, Quarta Turma, Relator Luis Felipe Salomão, J. 28.05.2019.

³⁰⁴ Acerca da possibilidade de aplicar esta penalidade, conferir: **(i)** ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Condomínio Edilício*. Aspectos de Direito Material e Processual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 165; **(ii)** BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 1.388 e **(iii)** ABELHA, André. *Abuso do direito no condomínio edilício*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2013, pp. 152 e seguintes.

Pertinente fazer referência ao enunciado 508 da V Jornada de Direito Civil: “Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal”. Esse enunciado e posicionamento já foi citado sob a forma de *obiter dictum* pelo Superior Tribunal de Justiça em mais de um julgado, quais sejam: **(i)** Recurso Especial n°. 1.365.279-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 25/8/2015, DJe 29/9/2015; e **(ii)** Recurso Especial n°. 1.736.593-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 11/02/2020, DJe 13/02/2020).

Para conferir exemplos práticos de aplicação da penalidade de exclusão do condômino antissocial, vide: **(i)** TJ-RS. Agravo de Instrumento n°. 70065533911, Décima Oitava Câmara Cível, Relator Nelson José Gonzaga, J. 13/08/2015, Dje. 14/08/2015; **(ii)** TJ-DF. Agravo de Instrumento n°. 0702405-98.2020.8.07.0000. 3ª Turma Cível. Relator Álvaro Ciarlini, J. 07/02/2020. Dje. 18/02/2020; e **(iii)**. TJ-RS. Apelação Cível n°. 50015547420208210016. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: João Moreno Pomar, J. 28/06/2021, Dje. 01/07/2021.

Por fim, sobre a necessidade de esgotamento das penalidades menos gravosas, vide TJ/MG. Apelação Cível n°. 5010675-66.2016.8.13.0024, 20ª Câmara Cível. Relator Manoel dos Reis Moraes, J. 25/05/2022. Dje. 26/05/2022.

geral, sob pena da decisão ser inválida.³⁰⁵

À luz do exposto, não se mostra abusiva, em abstrato, a decisão assemblear que delibera, por maioria qualificada de $\frac{3}{4}$ dos condôminos restantes, após terem sido adotadas todas as penalidades menos gravosas disponíveis (multa no limite de até 5 vezes a contribuição mensal e, subsequentemente, de até 10 vezes), privar o condômino antissocial do convívio do condomínio edilício, mediante expulsão e perda da posse direta da unidade autônoma e áreas comuns, desde que seja movida ação judicial para ratificar a decisão assemblear.

A referida decisão estará pautada não apenas pelos bons costumes, como também pela tutela da função social e boa-fé objetiva. Pelos bons costumes, se verificará que o comportamento analisado está excedendo a conduta razoável esperada e admitida, podendo violar os valores morais sociais objetivamente considerados para aquela região e condomínio. Pela função social, a prática de atos violadores do convívio social do condomínio afeta o exercício do direito de propriedade tanto pelo aspecto patrimonial como existencial: (i) pelo primeiro aspecto, pois a propriedade se desvaloriza, na medida em que se torna mais difícil a venda ou aluguel; pelo segundo, pois o condômino se vê privado de um ambiente harmônico para repousar, trabalhar e ter seu lazer, necessário para desenvolver sua personalidade. Por fim, pela boa-fé objetiva, exige-se das partes que cooperem para atuar em prol do bem comum do condomínio edilício e de todos os seus vizinhos.

Cabe cogitar, ainda, a possibilidade de assembleia que, convocada por requerimento de condômino que se viu afetado por comportamento inadequado de outro condômino, opta, por decisão da maioria qualificada, não aplicar a penalidade a este condômino que estaria adotando conduta claramente antissocial. Esta decisão que, à luz de conduta de condômino que manifestamente excedia os bons costumes, optou por permanecer omissa na tomada de providência para repreender e evitar a continuidade dessa conduta, deverá ser considerada não tutelável pelo ordenamento por abuso do direito. Trata-se, portanto, de abuso de direito reflexo, na medida em que a assembleia optou, em decisão assemblear, exercendo seu poder, por não

³⁰⁵ BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 1.387. Neste sentido é o Enunciado 92 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (“As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo”). Vide, ainda, STJ. Recurso Especial nº. 1.365.279-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 25/8/2015, DJE 29/9/2015.

reprender conduta abusiva.

CONCLUSÃO

O abuso do direito se apresenta como válvula de segurança³⁰⁶ do ordenamento jurídico, assegurando o controle de posições jurídicas disfuncionais, haja vista a impossibilidade de se antecipar todas as situações antijurídicas e de assegurar que o exercício de posições jurídicas será realizado de maneira funcional, em consonância com os princípios e valores vigentes, à luz da axiologia constitucional. Para além da função de controle, o abuso do direito exerce papel transformador do ordenamento, na medida em que assegura a sua harmonia, abertura e mobilidade, representando a superação dos dogmas do voluntarismo e da neutralidade do sistema jurídico. Se trata, portanto, de figura jurídica ímpar, indispensável ao sistema jurídico.³⁰⁷

O presente trabalho não constituiu uma teoria geral da aplicação do abuso do direito no condomínio edilício, não tendo se proposto a resolver todos os casos de abuso do direito nas relações condominiais. Ao invés, se prestou a estudar a aplicação do abuso do direito com foco nas decisões assembleares, abordando, de forma abstrata, determinadas situações. Excluiu-se deste trabalho a análise do abuso do direito nas decisões condominiais tomadas pelo síndico e da norma condominial tido como abusiva em seu conteúdo.

Para além do abuso do direito, é preciso que cada decisão assemblear seja objeto de merecimento de tutela pelo ordenamento, caso existam interesses lícitos (*stricto e lato sensu*) conflitantes. Logo, de uma forma ou de outra – abuso ou merecimento de tutela –, será feito o controle valorativo das decisões assembleares.

Qualquer decisão assemblear pode ter impactos simultâneos na esfera patrimonial e extrapatrimonial dos ocupantes do condomínio edilício, haja vista que

³⁰⁶ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 111 e MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 94, n. 842, p. 11-44, dez. 2005, p. 9 de 34, documento eletrônico, obtido pela RT-Online).

³⁰⁷ Neste sentido, “A doutrina do abuso de direito está em sintonia com a mudança da racionalidade jurídica, que se dirige à superação do ideal de completude do ordenamento, ícone do positivismo e da doutrina liberal, que não encontra guarida no direito civil contemporâneo. O reconhecimento de que o direito positivo não pode dar conta de prever exhaustivamente todas as condutas anti-sociais ou indesejadas é o primeiro passo para a construção de um sistema jurídico mais coerente e harmônico. Isto porque, se não é dado à lei estabelecer todos os limites ao exercício dos direitos subjetivos, tal papel será melhor confiado aos princípios, que desta forma assumem um maior grau de normatividade, incidindo diretamente nas relações jurídicas privadas” (PERES, Tatiana Bonatti. *Abuso do Direito*. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 43/2010, p. 9 - 71, Jul-Set/2010, p. 8 de 45, documento eletrônico, obtido pela RT-Online).

não existe uma separação completa entre esfera existencial e patrimonial, especialmente nas relações condominiais de natureza residencial, em que estas estão entrelaçadas.

A despeito da necessidade de adaptar o condomínio – tanto no que concerne às regras postas na convenção, quanto a sua infraestrutura – às demandas e necessidades do condomínio considerado coletivamente, que se alteram ao longo do tempo, a regra é a manutenção do *status quo*. Inclusive, a manutenção do *status quo* pode depender de obras e atualizações no condomínio edilício. Desta feita, a mudança desse *status quo* deve ser funcional, em consonância, em especial, com os princípios da solidariedade, dignidade da pessoa humana, boa-fé, bons costumes e função social.

Não se está propugnando, contudo, uma intervenção exagerada na autonomia da assembleia geral. Conforme dispôs o legislador, o abuso do direito deve ser manifesto. No mundo dos condomínios não será diferente, de forma que só será configurado abuso do direito nas decisões assembleares se ele for patente. Em não se identificando o abuso, mas havendo interesses conflitantes, como costuma ser usual em assembleias gerais – haja vista que a tomada de decisão é realizada, na grande maioria das vezes, pelo quórum de maioria –, o ordenamento irá tutelar, de forma privilegiada, a posição jurídica que melhor atenda a interesses socialmente relevantes, em especial os interesses da comunidade de condôminos.

Deve-se encontrar, portanto, um equilíbrio entre alterações que atendam aos interesses comuns – e não da maioria – e a manutenção do *status quo*, a qual pode exigir, inclusive, alterações na sua estrutura e/ou na sua convenção. Para tanto, qualquer decisão assemblear que implique em alterações relevantes deverá sofrer uma análise criteriosa sob o aspecto funcional, servindo o abuso do direito como mecanismo essencial para estruturar essa aplicação. Em não sendo o caso de abuso, caberá ainda avaliar a decisão assemblear é merecedora de tutela, haja vista que eventual interesse do condomínio pode prevalecer sobre tal decisão.

Dito isto, apresenta-se abaixo, por fim, as principais conclusões a que se chegou nesse trabalho:

1. A convenção de condomínio é negócio jurídico plurilateral, eficaz contra os signatários e contra quaisquer futuros condôminos, ocupantes e visitantes, possuindo amplo alcance que a torna negócio jurídico diferenciado no mundo jurídico, na medida em que: **(i)** vigora por tempo indeterminado; **(ii)** não se extingue

por cumprimento ou inadimplemento; e **(ii)** sua alteração depende de quórum de maioria qualificada.

2. A convenção de condomínio – e decisão assemblear que for tomada com base nesta convenção –, diferentemente de um contrato, não irá obrigar apenas aqueles que convencionaram seus termos e a subscreveram, mas terceiros que terão que se sujeitar a tais termos, mesmo nunca tendo tido a oportunidade de tomar ciência prévia de seu conteúdo e optado por se subordinar a ela, ou mesmo, já fazendo parte do condomínio edilício, são obrigadas a acatar a decisão assemblear da qual não participaram da deliberação ou que discordaram dela.

3. Por ser negócio jurídico oponível aos seus signatários, a futuros aderentes e até mesmo não aderentes, isto é, a uma comunidade específica de pessoas, sujeita a constante mutação, a convenção de condomínio possui aspecto normativo-estatutário, o que define sua natureza como ato-regra.

4. Por ser ato-regra, a convenção de condomínio e as decisões assembleares que dela decorrem demandam controle axiológico-funcional mais rígido que àquele aplicável aos contratos bilaterais, exigindo do intérprete uma análise mais criteriosa e rigorosa quanto à autonomia das partes para criar ou restringir direitos via convenções condominiais ou deliberações assembleares.

5. O tempo é elemento nuclear na interpretação das convenções de condomínio. Trata-se de relação contratual de longa duração e cativa, pois perdurará enquanto o contratante permanecer no imóvel, que não poderá simplesmente denunciar o contrato ou pretender, individualmente, a sua alteração, sendo uma das razões pela qual a convenção de condomínio deve ter uma interpretação própria nesse sentido.

6. Esse aspecto temporal justifica uma interpretação aberta e móvel da convenção de condomínio, na medida em que a interpretação de um contrato em um dado momento no tempo não pode ser a mesma que em outro momento, após terem ocorrido mudanças sociais, econômicas e legislativas.

7. A convenção de condomínio é feita em determinada época, com base em uma legislação vigente e contexto social que acaba por determinar os seus termos e, por sua própria natureza, se mantém, de forma geral, inalterada, sendo costumeiro que sua elaboração tenha sido feita pela incorporadora, ou por condôminos que nunca vêm a habitar o condomínio ou que deixam de habitar no local após alguns breves anos.

8. Por ser a convenção negócio jurídico de natureza estatutária e, portanto, cujos efeitos se prolongam no tempo, indefinidamente, afetando uma comunidade indefinida e aberta de pessoas, a decisão assemblear deverá ser valorada tendo por pressuposto que ela afeta não apenas o condômino ou ocupante específico de determinada época, mas todos os futuros condôminos e ocupantes.

9. Por outro lado, qualquer alteração do padrão que foi estabelecido para o condomínio tem efeitos de natureza econômica e existencial sobre os moradores. Não se trata de vedar qualquer alteração, pois o condomínio é uma instituição que se protraí no tempo e deve ser permanentemente adaptada, mas é preciso que isto seja feito conforme o interesse comum, visando a manutenção do *status quo*, isto é, mantendo as premissas que foram estabelecidas quando da sua constituição, salvo interesse comum que se justifique do ponto de vista funcional.

10. A propriedade imobiliária, notadamente, aquela com função residencial, se apresenta como espaço privado de desenvolvimento da personalidade, não podendo ser associada apenas ao aspecto patrimonial.

11. À luz do princípio da solidariedade e dignidade da pessoa, a tutela dos aspectos extrapatrimoniais deve prevalecer sobre o aspecto patrimonial que envolve a relação.

12. A autonomia privada passou a ter eficácia limitada e condicionada aos valores constitucionais, em um processo de funcionalização dos atos de autonomia privada, sujeitando-os a valores não patrimoniais. Não é mais suficiente que os atos privados apenas não sejam ilícitos. É preciso que estes atos de autonomia privada sejam funcionalizados aos interesses coletivos e socialmente relevantes.

13. Nesta linha, a vontade da assembleia geral não é absoluta e incondicionada. É preciso que as decisões assembleares sejam informadas por valores constitucionais, notadamente da solidariedade e dignidade da pessoa humana – e dos princípios decorrentes da boa-fé, função social e bons costumes –, de modo a verificar se a vontade da maioria cumpre, em uma última análise, uma função tutelável pelo ordenamento.

14. A análise funcional do direito significa que qualquer atuação disfuncional não será admitida pelo sistema jurídico. A violação dos limites internos de determinada situação jurídica subjetiva resultará na não tutela desta pelo ordenamento. Esses limites correspondem à análise da própria função, conforme

seu fundamento axiológico-normativo.

15. Pode se falar em três passos de controle de um ato de autonomia privada: **(i)** da legalidade *stricto sensu*, mediante análise do perfil estrutural; **(ii)** da legalidade *lato sensu*, mediante análise do perfil funcional, que se valerá do abuso do direito; e **(iii)** do merecimento de tutela, mediante análise do perfil funcional-social.

16. A função – social e negocial – é um postulado metodológico-hermenêutico que se presta a realizar o controle valorativo dos atos de autonomia privada, seja para negar ou restringir, por abuso ou por falta de merecimento, a tutela de determinada posição jurídica. A legalidade de determinada posição jurídica pressupõe que o exercício desta posição jurídica **(i)** não violará norma expressa e, simultaneamente, **(ii)** não será abusiva **(iii)** nem deverá ser repreendida por não promover interesses socialmente relevantes, quando contraposta com outra posição jurídica que realize essa promoção de forma em maior grau.

17. A análise de merecimento de tutela é um mecanismo de controle promocional – e não repressivo – de uma posição jurídica, utilizado quando, em uma contraposição de situações jurídicas, não houver sido identificada ilicitude *lato sensu* em uma dessas situações jurídicas contrapostas. Em virtude dessa contraposição de situações jurídicas, o ordenamento conferirá tutela privilegiada à situação jurídica que melhor promover interesses socialmente relevantes, isto é, a situação jurídica que seja a mais merecedora de tutela.

18. O abuso do direito é o exercício do direito em desconformidade com a sua função, o que se verifica através de uma análise funcional do exercício do direito, que se valerá tanto de elementos finalísticos como axiológicos.

19. O abuso do direito se aplica a qualquer posição jurídica ou situação jurídica, que se sujeitam, sem exceções, ao controle valorativo-axiológico do ordenamento. É, pois, inerente à tutela do ordenamento que determinada posição jurídica não seja exercida de forma abusiva, sob pena de não tutela.

20. No abuso do direito, existe uma aparência de direito, pois o agente atua em consonância formal e aparente com determinada norma, mas esta atuação contraria os valores que norteiam o exercício do direito que lhe é conferido, ao passo que no ato ilícito o agente viola objetivamente os próprios limites traçados pela lei. Isto significa que estruturalmente existe direito, mas materialmente, não, haja vista a falta de fundamento axiológico tutelável pelo ordenamento. Em outras

palavras, em ambos os casos há antijuridicidade, mas no ilícito propriamente dito há inobservância de limites lógico-formais, enquanto no abuso do direito há inobservância de limites axiológico-materiais.

21. A concepção objetiva que foi atribuída ao abuso do direito, na forma hoje prevalecente em boa parte dos ordenamentos jurídicos, resulta da evolução do conceito de ilicitude, tradicionalmente vinculado à responsabilidade civil e aos pressupostos que a informam, notadamente a culpa.

22. Esta evolução do conceito de ilicitude, que passou a prescindir dos elementos de culpa e dano e se tornou mais ampla, ligada à violação dos valores e fins da ordem jurídica, decorre, em parte, da abertura do sistema jurídico à princípios e valores, acima abordada. E dessa evolução resultou a figura do abuso do direito.

23. O artigo 186 do Código Civil, que configura a responsabilidade civil, exige a violação de um direito mediante conduta culposa, gerando um dano que tenha nexos de causalidade com a conduta culposa. Já o artigo 187 do Código Civil, que trata do abuso do direito, estabelece requisito diverso para configuração do ilícito, que é seu exercício de forma disfuncional.

24. Tratam-se, portanto, de dois conceitos de ilicitude: **(i)** um *stricto sensu* no artigo 186 e **(ii)** outro *lato sensu* no artigo 187. Pode-se afirmar, nesta linha, que o primeiro é um ilícito subjetivo, que exige os pressupostos clássicos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva e o segundo um ilícito objetivo, que dispensa a verificação da culpa e de dano, se pautando por critérios axiológicos.

25. A verificação do abuso do direito prescinde, portanto, do dano. O dano é pressuposto da imputação de responsabilidade, mas não da configuração do abuso do direito.

26. O principal objetivo do abuso do direito não é reparar prejuízo – que pode nem existir –, mas de frear o exercício de posições jurídicas disfuncionais e, ao mesmo tempo, assegurar o cumprimento dos fins axiológicos do exercício de determinada posição jurídica. Vai além, portanto, da função reparatória, possuindo também função preventiva.

27. Existe divergência doutrinária acerca da necessidade de comprovação de culpa para fins de responsabilização por dano decorrente de ato abusivo. No entanto, não parece ser lógico que a configuração do abuso do direito dispense a verificação de culpa, mas que a responsabilização pelos danos

decorrentes do mesmo abuso do direito exija que a culpa seja comprovada.

28. O abuso do direito não está sujeito à concorrência ou colisão de direitos, pois aquele que abusa apenas aparenta ter um direito. Não pode haver colisão de posições jurídicas se não há exercício de posição jurídica de um lado, mas apenas aparência desta.

29. O abuso do direito estabelece as balizas para verificação de situações disfuncionais de exercício de prerrogativas jurídicas, através dos princípios. Neste sentido, cabe considerar o abuso do direito não como um princípio ou uma cláusula geral, mas como um postulado metodológico-hermenêutico.

30. O abuso do direito se encaixa no conceito de postulado e metanorma, pois: **(i)** estrutura e informa a aplicação dos princípios – em especial, nos termos do artigo 187, da boa-fé, função social e bons costumes – e regras em qualquer exercício de posição jurídica, situando-se em um segundo plano sobrejacente; **(ii)** não pode ser aplicado de forma gradual e circunstancial, se aplicando, ao revés, a toda e qualquer situação jurídica, em que existe ou não abuso; **(iii)** não está sujeito a ponderação ou superação por outras normas e princípios; e **(iv)** não é violado diretamente, mas apenas elipticamente, por força da violação dos princípios e normas do ordenamento que informam o exercício de posições jurídicas.

31. Dada a importância dos princípios da boa-fé, função (social e econômica) e bons costumes no ordenamento, o legislador optou por fazer referência, no artigo 187, a estes princípios e cláusulas gerais, mas isso não exclui que o abuso do direito reste configurado pelo exercício de posição jurídica que exceda limites impostos por outros princípios.

32. Existem outros postulados que atuarão conjuntamente com o abuso do direito para estruturar a aplicação de princípios e normas, tal como os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

33. As relações condominiais são pautadas também na confiança, exigindo que qualquer decisão – assemblear ou do síndico – não seja abusiva no sentido de não violar a confiança e legítima expectativa criada, nem afete o equilíbrio estabelecido até então nas relações entre os condôminos, salvo se visar corrigir desequilíbrio pretérito.

34. A boa-fé demonstra que a confiança e, por sua vez, a segurança jurídica é fator fundamental no tráfego jurídico, não se limitando a estas figuras parcelares da boa-fé objetiva antes elencadas, já amplamente conhecidas e

estudadas, com papel autônomo no ordenamento.

35. O tempo gera a expectativa e confiança para determinados condôminos de que comportamentos ou fatos admitidos pelo condomínio não serão repreendidos quando vierem a ser praticados ou deixados de serem praticados por esses condôminos, nem que determinadas regras serão alteradas sem que exista um legítimo fundamento, em violação à legítima expectativa de determinados condôminos.

36. A função do negócio jurídico pode ser destrinchada em duas, tal qual faz o artigo 187: função social e função econômica. Ambas estão intimamente associadas, pois a função econômica é, essencialmente, a razão pela qual as partes celebram os negócios jurídicos com cunho econômico e tal função é parte da função social, na medida em que as trocas econômicas geram produção de riqueza e, por sua vez, benefícios sociais para toda a coletividade, cumprindo aí parte da sua função social. Por sua vez, ambas são partes da função negocial. Por isto função social e função econômica não podem nem devem ser desassociadas: se por um lado faz parte da função social o cumprimento da função econômica, por outro lado, a função social não é o fim último do negócio jurídico, que tem por fim primário a realização do fim econômico almejado pelas partes. Por isto, cabe às partes perseguirem, em paralelo ao fim econômico, a função social do negócio jurídico.

37. Os bons costumes atuarão para impor limites externos aos atos de eficácia interpessoal dos condôminos e estabelecer diretrizes do que é ou não razoável no dia a dia das relações condominiais, conforme as práticas usuais do condomínio edilício e/ou dos demais condomínios edifícios da região em que se situam, assegurando o gozo pacífico e harmônico das áreas comuns e privativas do condomínio edilício.

38. No âmbito das decisões assembleares, o efeito da vedação ao abuso do direito será tornar ineficaz a decisão assemblear na medida em que ela for abusiva. Isso significa que determinada decisão assemblear pode ser abusiva (i) em parte e (ii) tão somente em relação a determinadas pessoas. Isto é, a decisão assemblear pode ser considerada abusiva em relação a determinado(s) condômino(s), mas não em relação a outro(s).

39. A função primária do abuso do direito é tornar ineficaz, parcial ou totalmente, a posição jurídica abusiva ou os efeitos dela, e, caso seja comprovada a existência de danos, deverá ocorrer a reparação pecuniária, sem prejuízo da tutela

inibitória para prevenir a ocorrência do abuso do direito.

40. A ineficácia antes referida poderá se dar de diversas formas, mas estas não são passíveis de serem elencadas exaustivamente, pois a sanção *in natura* do abuso do direito não pode ser definida antecipadamente, dadas as especificidades de cada caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

ABELHA, André. *Abuso do direito no condomínio edilício*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2013.

ABELHA, André. *O Invencível mito da fração ideal na incorporação imobiliária. Coluna Migalhas de Peso*. Publicado em março de 2018. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/276650/o-invencivel-mito-da-fracao-ideal-na-incorporacao-imobiliaria>>. Último acesso em 09/08/2022.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, 1983.

ALVES, André Cordelli. Contrato de Adesão. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 46, ano 12, p. 269-296. Abr-jun/2011. Acesso pela RT-online.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícito atípicos: sobre o abuso do direito, fraude à lei e desvio de poder*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AVVAD, Pedro Elias. *Condomínio em Edificações no Novo Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AVVAD, Pedro Elias. *Condomínio edilício*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *A causa do contrato*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Data de acesso 19/04/2022.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: Matos, Ana Carla Harmatiuk. (Org.). *A construção dos novos direitos*. 1ª ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, v. 1, p. 232-260

BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. 2ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Abuso do direito de voto na assembleia geral de credores*. Orientador: Prof. Dr. Eduardo Secchi Munhoz. 2013. Dissertação

(Mestrado). Curso de Direito Comercial. Universidade de São Paulo, USP, Brasil, 2013.

CARDOSO, Vladimir Mucury. O abuso do direito na perspectiva civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 61-109.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARPENA, Heloísa. O abuso do direito no Código Civil de 2002 - Relativização de direitos na ótica civil-constitucional In *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996

CALCINI, Fábio Pallaretti. Abuso do direito e o novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 93, n. 830, p.27-45, dez. 2004

CARVALHO NETO, Inacio de. *Abuso do Direito*. 6ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A função da cláusula de bons costumes no Direito Civil e a teoria tríplice da autonomia privada existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 99-125, out./dez. 2017.

DANTAS, San Tiago. *Conflito de Vizinhança e sua Composição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972

CHAVES DE FARIA, Cristiano; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil – Vol. Único*. 5ª Ed (revista e atualizada). Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011 (4ª reimpressão).

ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Condomínio Edilício*. Aspectos de Direito Material e Processual. São Paulo: Atlas, 2015.

ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Condomínio Edilício In *Curso de Direito Imobiliário*. Org. Marcus Vinícius Motter Borges. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso do Direito nas Relações Obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. *Hermenêutica e aplicação da convenção de condomínio: (propriedade horizontal)*. 2007. 1229 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por Abuso do Direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. (Atualizada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Marino). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed (Atualizada por Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. 19ª ed. Atualizada por Edvaldo de Brito e Reginalda Paranhos de Britos Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. Vol. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, livro eletrônico.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. O abuso de direito como ilicitude cometida sob aparente proteção jurídica. *Revista Baiana de Direito*, v. 04, p. 255-292, 2009.

KARAM-SILVEIRA, Marco Antonio. Crise do contrato e a nova teoria contratual In *A Nova Crise do Contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Claudia Lima Marques (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

KOJRANSKI, Nelson. *Condomínio Edilício*. Aspectos Jurídicos Relevantes. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 43. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set. 2010.

KONDER, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 60, p. 193-213, 2015.

KONDER, Carlos. Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 99, p. 47-65, set./out. 2016.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da "principalização" da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 39-59. jul./set. 2017.

KONDER, Carlos Nelson de Paula. A "relativização da relatividade": aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 81-100, março 2019.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6ª edição. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. *Abuso do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

LAUTENSCHLÄGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. Responsabilidade Civil por Abuso do Direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 997, p. 331-361, 2018.

LEVY, José Luiz. *A vedação ao abuso do direito como princípio jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 98, n. 885, p. 49-68, 2009.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O abuso de direito. *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, n. 1, ISSN 1516-0351, p. 314-375, 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1. p. 43, maio, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 25, abr./jun. 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57-95. Disponível em <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>>.

MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do direito e o ato ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos Aspectos da Função Social da Propriedade. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Acessado através da RT Online. Artigo originariamente publicado na Revista de Direito Público, São Paulo, ano XX, n. 84, p. 39-45, out.-dez. 1987.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 94, n. 842, p. 11-44, dez. 2005.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Subsídios para o equilíbrio funcional dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-35. ISBN 978-85-450-0180-5

NANNI, Giovanni Ettore. *Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

PERES, Tatiana Bonatti. Abuso do Direito. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 43/2010, p. 9 - 71, Jul-Set/2010.

PERES, Tatiana Bonatti. *Solidariedade e Abuso do Direito: a urgente necessidade de retomada dos valores morais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas. *Coluna Migalhas Contratuais*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a-crise-do-covid-19-entre-boa-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunis%E2%80%A6>. Último acesso em 23/07/2022.

RAMOS, Vitor de Paula. A dependência econômica nos contratos de longa duração. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, p. 17-38, abr./jun. 2019. DOI: 10.33242/rbdc.2019.02.002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Vol. 10, Out./Dez. 2016.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do Direito*. Coimbra: Almedina, 1997.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Abuso do Direito nas Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 50. Abril/Jun 2012.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 54, p. 65-98, 2013.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun/2014.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. In: Carlos Eduardo Guerra de Moraes; Ricardo Lodi Ribeiro. (Org.). *Direito UERJ 80: Direito Civil*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, v. 2, p. 73-106.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Perspectivas de aplicação do abuso do direito às relações existenciais. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no Direito Contratual brasileiro*. Publicado em 16/04/2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/324733/lei-da-liberdade-economica-e-seu-desprestigio-a-autonomia-privada-no-direito-contratual-brasileiro>>. Acessado em 11/04/2022.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Abuso do direito. Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Outubro de 2017. *Enciclopédica Jurídica da PUCSP*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito>>. Acesso em 16/06/2022.

STJ, Recurso Especial 783404/GO, Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, J. 28.06.2007.

STJ. Recurso Especial 1.365.279-SP, Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, J. 25/8/2015, DJe 29/9/2015.

STJ. Recurso Especial 1.247.020-DF, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 15/10/2015, DJe 11/11/2015

STJ, Recurso Especial 1.704.966/RJ, Terceira Turma, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, J. 09.10.2018.

STJ, Recurso Especial nº. 1.699.022/RJ, Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, J. 28.05.2019.

STJ. Recurso Especial nº. 1.736.593-SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 11/02/2020, DJe 13/02/2020

STJ, Recurso Especial 1.778.522-SP (2018/0294465-9). Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado: 02/06/2020. DJe: 04/06/2020

SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: à luz da noção de contrato plurilateral. *Revista de Direito Privado*. Vol. 21. São Paulo: Revista do Tribunais, p. 223 - 234, Jan.-Mar., 2005. (acesso através da RT-online).

TJ-DF. Agravo de Instrumento 0702405-98.2020.8.07.0000. 3ª Turma Cível. Relator Álvaro Ciarlini, J. 07/02/2020. Dje. 18/02/2020.

TJ-MG. Apelação Cível 5010675-66.2016.8.13.0024, 20ª Câmara Cível. Relator Manoel dos Reis Morais, J. 25/05/2022. Dje. 26/05/2022.

TJ-RJ. Apelação Cível 0179392-96.2017.8.19.0001. Relator: Des. Marcelo Lima Buhatem. Vigésima Segunda Câmara Cível. Data de Julgamento: 13/08/2019.

TJ-RJ. Apelação Cível 0029680-90.2017.8.19.0208. Relator: Des. Cleber Ghelfenstein. Décima Quarta Câmara Cível. Data de Julgamento: 07/10/2020. Data de Publicação: 08/10/2020.

TJ-RS. Apelação Cível 70052533007 RS. Relator Rubem Duarte. Vigésima Câmara Cível. Data de Julgamento: 22/05/2013. Data de Publicação: 10/06/2013.

TJ-RS. Apelação Cível 0216251-51.2013.8.21.7000. Relator: Des. Luiz Renato Alves da Silva. Décima Sétima Câmara Cível. Data de Julgamento: 13/11/2014. Data de Publicação: 24/11/2014.

TJ-SP. Apelação Cível 1036586-07.2015.8.26.0224. Relatora Ana Catarina Strauch. 27ª Câmara de Direito Privado. Foro de Guarulhos. J. 06/12/2016. Dje. 12/12/2016.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. *Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil*. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003. p. 139-151

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos In *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: *Temas de Direito Civil – Tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado: Conforme a Constituição da República – Vol. III*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 1, setembro 2014.

TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no direito civil contemporâneo. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n° 54, p.141-154, out./dez. 2014

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TEPEDINO, Gustavo (org.), KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; *Fundamentos do Direito Civil*. Volume 2: Obrigações. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo (org.), SCHREIBER, Anderson; *Fundamentos do Direito Civil*. Volume 3: Contratos. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Funcionalização do direito civil e o princípio da função social dos contratos In *20 anos do Código Civil: relações privadas no início do século XXI*. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (org.). Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

TEPEDINO, Ricardo. Capítulo II - Assembleia Geral In *Direito das companhias*. LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (org). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no Direito Civil*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020.