

## PROPRIEDADE E CONDOMÍNIO

**ARTUR ALEXANDRE MAFRA**

Prof. de Direito Civil da Faculdade de Direito  
da UFMG

### 1 — INTRODUÇÃO

Todos os autores estão acordes quanto à importância da propriedade. No dizer de PIETRO COGLIOLO (in «Filosofia do Direito Privado — Livraria Editora Clássica Editora, Lisboa, 1.915, pág. 155), «a propriedade é uma instituição econômica e social. Só se torna jurídica quando se consideram as normas pelas relações de dependência privada. A história da agricultura, a história econômica de um povo, a história da civilização contêm a história da propriedade». Esta é, pois, a mola mestra dos regimes jurídicos e dos regimes políticos. É através de sua análise que se pode apurar a tendência de um povo — num determinado momento de sua passagem pelo cenário da história. Se é certo, como efetivamente é, que a tendência política imprime ao Direito sua feição própria, na brilhante exposição do Prof. MARCEL WALINE (L'individualisme et le droit, 1949), poder-se-á buscar, na forma como é tratada a propriedade, o traço característico do regime, ou a extensão em que a tendência política atua no campo jurídico.

A ciência moderna averiguou que a forma primária da propriedade individual foi a comum e que, conseqüentemente, a propriedade individual não foi sempre conhecida. O território ocupado e cultivado por uma sociedade privada primitiva era usufruído em comum. Com o crescimento de um povo em civilização e número, a forma de propriedade comum deixa de convir. E a privada passa a constituir um fato social, que em todos os tempos e povos civilizados se verifica. Ela surge e se desenvolve

com a civilização — que nela se funda. Segundo CAIO MÁRIO (31:2), «houve povos que nunca vieram a conhecer o direito de propriedade privada; outros compreendiam-na sobre os rebanhos, sobre as armas, jamais sobre a terra. E, ainda hoje, alguns existem que não subordinam o seu regime de bens à idéia de apropriação individual, o que certamente reflete no seu direito, desarticulado da concepção tão arraigada na consciência coletiva ocidental, que é o direito subjetivo. Está neste caso, por exemplo, o povo chinês, para o qual não foi o regime de MAO-TSE-TUNG que aboliu a propriedade privada, mas a sua tradição histórica», como diz ESCARRA — confunciana.

Não tem sido pequeno nem vão o esforço dos que investigam a origem da idéia dominial. E, geralmente, as pesquisas conduzem a uma concepção religiosa. Sua presença mística é, aliás, assinalada como uma característica ainda mais acentuada nos povos primitivos, tomada esta palavra para significar os que se achavam num grau mais baixo de civilização, e para compreensão de cujo estágio, sociólogos como ENGELS, D'AGUANNO, LÉVY-BRUHL se dedicaram a observar os «primitivos atuais». Naquela fase remota, a propriedade é um encadeamento místico entre o indivíduo e a coisa, da mesma forma que ele se prende, por idêntico laço, ao grupo a que pertence. Em tal momento, a propriedade é uma vinculação que se estabelece entre a pessoa que possui e os objetos possuídos. Varia a natureza (individual ou coletiva) do vínculo, estabelecendo-se ora a propriedade privada, ora a grupal, ora as duas simultaneamente, quando certos bens podem ser individualmente apropriados, enquanto que outros (terras, rios, florestas) são atribuídos à coletividade, e guardados sacramentalmente pelos deuses ou pelos mortos. O traço essencial da propriedade primitiva é seu caráter sagrado. A propriedade individual é sagrada, como extensão da própria pessoa». (in FELICIEN CHALLAY, *Histoire de la Propriété*, p. 10).

Mais ou menos nessa linha de entendimento se encontra GUSTAV RADBRUCH (18:286): afirma o Autor que, «nos tempos primitivos, não existe propriedade privada senão em um sentido restrito. Ela é uma consequência do poder do homem sobre seu corpo e suas forças e não se estende, em princípio, além das

coisas cuja existência ou cujo apoderamento é o resultado da força inerente ao indivíduo, e, pois, vinculada à sua personalidade. Primitivamente, o homem é proprietário da árvore que plantou, da casa que construiu, da fossa que cavou, nunca porém do solo a que estas coisas aderem. A fruição do solo pertence à comunidade (como seu meio de sustento) ou a um particular, mas ela não comporta a propriedade privada. A propriedade privada do solo não se substitui à simples fruição senão quando há falta de terras — apenas e tão somente uma propriedade pública. Do domínio de caça de uma tribo de caçadores, do rio onde uma tribo de pescadores tem o costume de pescar, da região que uma tribo de pastores percorre com os seus rebanhos, os indivíduos estranhos à tribo estão por inveja excluídos. Disto resulta que a propriedade pública — diríamos hoje: como soberania territorial — é mais antiga que a propriedade privada, ainda que «a filosofia tenha tecido nos fios da especulação uma outra verdade (exatamente a inversa)». A filosofia almejada aqui por FEUERBACH — ou seja, a Teoria do Estado de THEODOR ANTON HEINRICH SCHMALZ (1760-1831) — pretendia que os povos pastores, uma vez que lhes faltou um território de Estado, foram incapazes de construir um Estado. FEUERBACH, contrariamente, considera as regiões percorridas pelos nômades como um território de Estado e fala, desde então, de um «Estado de pastores migrativos» — traduzido de «Etat de bergers migrateur» (Wandernder Hirtenstaat).

No interior de cada Estado, existem partes do solo que caem, não apenas sob a soberania, mas também dentro da propriedade pública propriamente dita. São aqueles lugares sagrados que o povo nômade considera como o centro e o objetivo estáveis destas migrações ou como o lugar de suas reuniões solenes; tal é o caso das sepulturas de seus patriarcas, ou de seus príncipes, o templo dos deuses nacionais, etc.. Assim, no que concerne ao problema da propriedade, as teorias de FEUERBACH estão apresentadas com as de MAINE que, no entanto, não almeja senão o estágio mais elevado do regime agrícola. Com efeito, MAINE pensa igualmente (Modern Theories of Law, 1933, p. 169) que a forma primitiva da propriedade foi não a propriedade privada, mas a

propriedade coletiva, e ele dá como exemplo a comunidade de uma vila indígena que apresenta uma mistura do direito das pessoas e do direito patrimonial, assim como uma mistura de direito público e de direito privado».

**1.1. O Caráter Místico da Propriedade** — A concepção sedimentada do direito individual de propriedade foi uma das primeiras noções jurídicas a assentar-se, ainda ao tempo em que a norma religiosa (*fas*) não se diversificava da regra de direito (*ius*). E o historiador da Cidade Antiga (Fustel DE COULANGES, *La Cité Antique*, 17ª ed., págs. 62 e segs.) acrescenta mesmo que «desde a idade mais remota, não se tem notícia de outra forma de conceber a relação jurídica da propriedade entre certos povos, senão esta da propriedade privada, que as sociedades Helênicas e Itálicas articularam num complexo que formara a trilogia indissociável: religião, família e propriedade privada. Em torno da religião doméstica construíram-se estas noções que se vão prender à origem desses povos da bacia mediterrânea, salientando-se que cada família possuía deuses, o seu altar doméstico; praticava o seu próprio culto a que não tinham entradas pessoas estranhas. Aquele altar era assentado no solo, de maneira definitiva e construído de pedra inamovível. Uma vez levantado, não podia ser transportado, porque o deus doméstico quer morada fixa. Pela contingência religiosa, estas civilizações eram sedentárias e, mais ainda, não tolerando o culto privado a interferência de outro culto privado dentro do mesmo recinto, o altar doméstico havia de separar-se de tudo quanto lhe fosse estranho. Porque os deuses particulares eram interiores, Penates, era preciso existisse em torno do «lar» uma certa distância, delimitada pela cerca sagrada. E esta cerca, explicada pela noção fundamentalmente religiosa, era o marco limite do culto, era a contenção dos elementos estranhos à família, era a significação precisa do direito de propriedade».

Quando, mais tarde, a religião da cidade assumiu maiores proporções, e quando o conceito de *ius* acompanhou o crescimento daqueles povos que não puderam constringir-se dentro de muros urbanos e se estenderam além das bordas do mar, e

pelas terras sem fim, não puderam nunca desvencilhar-se das tradições arraigadas no imo de sua consciência. Por aí se diferenciavam de povos que os antecederam; por aí se distinguiram de nações suas contemporâneas; por aí se separaram de civilizações que absorveram; por aí deixaram na civilização romano-cristã a marca definitiva de sua influência.

1.2. **Evolução Histórica** — A propriedade territorial comum (15: 147 e segs.) existiu já nos tempos primitivos, desde que se começou a repartir o território da tribo. Nas tribos latinas encontra-se o solo possuído parte pela tribo, parte pela gens, parte por «casas», que naquele tempo não podiam ser, ainda, famílias individuais. Rômulo foi quem fez a primeira repartição de terra aos indivíduos, e a cada um, dois jugera (mais ou menos um hectare). Entretanto, mais tarde, se encontra, ainda, a propriedade do solo em mãos das gentes, sem falar das terras do Estado, a respeito das quais versa toda a história interior da República. Com a expulsão de Tarquínio, o Soberbo, e sua substituição pois dois chefes militares (cônsules), com iguais poderes em suas funções, move-se toda a história da República romana, com todas as suas lutas entre patrícios e plebeus pelo acesso aos empregos públicos e pela repartição das terras do Estado, e com a desapareição completa da nobreza na nova classe dos grandes proprietários territoriais e rendeiros. Esta classe absorveu de pouco a pouco toda a propriedade rústica dos camponeses arruinados pelo serviço militar, empreendeu o cultivo, por meio de escravos, dos imensos domínios assim formados, despovoou a Itália, e desse modo abriu a porta não só para o Império, como também para os seus sucessores, os bárbaros germanos.

A gens irlandesa é constatada e descrita não somente pelos velhos livros de direito, mas ainda pelos juristas ingleses que lá foram enviados no século XVII para transformar o território das clans em domínio do rei da Inglaterra. O solo até então continuava propriedade comum da clan ou da gens, não tendo os chefes transformado, até então, em propriedades privadas que lhes pertencesse. Quando um gentilis morria e por consequência um

casamento acabava, o chefe (caput cognations) fazia uma nova divisão de todos os territórios entre os casais presentes e restantes... Os camponeses, arrendatários individuais do solo, outrora propriedade comum da gens e roubado depois pelo conquistador inglês, pagavam o arrendamento cada um por sua porção, mas reuniam todos os lotes de campos e prados, dividiam segundo sua posição e qualidade em «gewane», como se diz nas ribeiras do Mosela, e davam a cada um, sua parte em cada Gewane; lagoas e pastagens eram utilizadas em comum. O plano cadastral de uma aldeia rundale tem exatamente o aspecto de uma aldeia das ribeiras do Mosela. A gens sobreviveu assim nas factions».

Desde que KOLAVEVSKI ressaltou a existência bem difundida, senão generalizada, da comunidade doméstica patriarcal como fase intermediária entre a família comunista patriarcal e a família moderna, não mais se tratou, como MAURER e WAITZ, da propriedade comum ou privada do solo, mas sim da forma da propriedade coletiva. Não é duvidoso que entre os Suévos, do tempo de César, existia, não somente a propriedade coletiva, mas ainda a cultura em comum por conta comum. Não é senão depois de séculos, quando os membros das comunidades atingissem uma tal força numérica que o trabalho em comum não fosse mais possível nas condições de produção da época é que eles se separariam; os campos e os prados, até então comuns, teriam sido divididos, da maneira que se sabe, entre economias individuais, que se formavam, de ora em diante, a princípio a título passageiro, depois duma vez para sempre, enquanto que os bosques, as pastagens e as águas continuavam em comum».

De acordo com CAIO MÁRIO (31:19), observando-se «a maior ou menor intensidade da atuação das forças políticas e das forças econômicas, é possível dividir a curva histórica do direito de propriedade no Ocidente em três períodos distintos: um primeiro, que abraça um largo tempo decorrido desde a Antigüidade Romana mais remota até o Baixo-Império; um segundo, que se inicia com as grandes invasões e se estende por toda a Idade Média até o XVIII século; um terceiro, que é coetâneo

do individualismo liberal até nossos dias apud (J. L. LEBRET, Prefácio à obra de LUCIEN JANSSE, *La Propriété*, pág. 8). Quando o jurista moderno encara as transmutações por que passam os conceitos atualmente, não pode olvidar que o regime da propriedade as espelha. E se se abrem novas perspectivas diante de nós, na propriedade está incrustado o germe da transformação».

1.3. **Propriedade como Afirmação Social** — Para sustentar a vida, o indivíduo deve ter uma certa espécie de propriedade. Sua aquisição, na expressão de RUMNEY e MAIER (26:97), é uma força dominante na vida dos homens, deixando marca em todas as fases de suas atividades: desencadeiam-se guerras para conquistá-la e organizam-se Estados para controlá-la. A propriedade não significa exclusivamente a relação entre uma pessoa e um objeto: como uma instituição social, condiciona as relações principais entre as pessoas, pois as que dela dispõem, exercem poder sobre as que não a possuem. O elemento essencial da constituição da propriedade é que ela «indica, em todo estágio de sociedade os poderes máximos de uso ou controle exclusivo das coisas (e, às vezes, infelizmente, de pessoas) que a lei confere, ou que o costume, nesse estágio da sociedade consagra». (J. S. MILL. *The Difficulties of Socialism*, *Fortnightly Review*, XXV, New Series, 1879, p. 527). Esse controle exclusivo pode ser investido na comunidade, caso em que a propriedade é comunal. Ou então, esse controle pode ser investido num indivíduo ou numa empresa privada, caso em que estaremos lidando com propriedade privada, em relação seja a bens de consumo, seja de produção, ou a ambos. O aspecto dominante na maioria das sociedades contemporâneas é a posse privada ou corporativa de quase todas as formas de propriedade, e especialmente dos meios de produção, assim como a expressão do âmbito da propriedade pública.

Mesmo que seja difícil encaixar, no arcabouço da sociedade primitiva, as nossas categorias de comunismo e de propriedade privada, é claro que as reivindicações coletivas do grupo prevalecem sobre as do indivíduo. A propriedade individual de bens pessoais é reconhecida, mas tais posses são para uso pessoal e não para o exercício de poder sobre seus semelhantes.

De fato, nas sociedades simples, é reduzida a amplitude da propriedade privada visando o poder, pois se verifica que a distribuição de riquezas é equitativa dentro da família e do clã. Em conjunto, à posse comunal pela tribo ou clã predomina entre os povos caçadores e entre os povos agrícolas e pastoris primitivos. (HOBHOUSE, L. T. & WHEELER, G. C. and GINSBERG, M. *The Material Culture and Social Institutions of the Simpler Peoples*, London, 1930, pág. 244).

Nos estágios agrícolas e pastoris mais adiantados, a propriedade comunal decai. Entre povos agrícolas, a propriedade privada é, em parte, um sub-produto da terra comunal ou da posse familiar. Esta última deu lugar, de modos diferentes, a formas restritas de posse privada, muitas vezes temporária e sujeita ao controle do grupo. Todavia, a guerra, a conquista e a estratificação social foram fatores mais destacados no desenvolvimento da propriedade privada. O chefe triunfante assume o controle da propriedade; os vencidos são despojados de seus bens e tornam-se escravos ou servos. Num caso assim, o que se observa não é tanto o crescimento da propriedade privada quanto o declínio da comunal; entretanto, o fato de que às vezes foi conservado o princípio comunal pode ser visto na redistribuição periódica de terras e em formas de posse como o mir (MNP) russo, adessa javanesa e o Mark alemão.

**1.4. O Capitalismo** — Como sistema econômico, no capitalismo a posse dos meios de produção, tais como fábricas, minas, campos, está nas mãos de indivíduos ou grupos de indivíduos e que são explorados pelos que não os possuem, em proveito dos seus possuidores.

Num sistema assim, o princípio da propriedade privada é supremo, conquanto a imensa maioria da população tenha pouca ou nenhuma propriedade: tem à venda, apenas, sua capacidade de trabalho e, às vezes, nem isso pode fazer, como é o caso dos desempregados.

Como todas as instituições da sociedade, o Capitalismo tem experimentado modificações. O Capitalismo do laissez-faire do século XIX cedeu lugar ao monopolismo e ao Capitalismo regulamentado do século XX.



Hoje em dia, a idéia do Estado-serviço (welfare-state) é mais bem aceita e as relações de propriedade foram expostas a transformações profundas. O poder positivo sobre os meios de produção não mais está exclusivamente nas mãos dos donos legais da propriedade; estes têm ficado cada vez mais dependentes de administradores e técnicos.

**1.5. Socialismo** — KARL MARX procurou mostrar que a espécie capitalista de sociedade está gerando, dentro de si mesma, os elementos de uma nova ordem econômica. O Capitalismo causou a socialização da produção. O próximo estágio, para MARX, poderá ser caracterizado pela propriedade socializada ou socialismo. Este significa um sistema econômico em que os principais meios de produção pertencem ao Estado, que os explora através de seus órgãos no interesse do público, com produção «para uso» e não para «lucro». Na teoria marxista ortodoxa, ele discrepa do comunismo porque regula a distribuição dos produtos sociais de acordo com o princípio: «A cada um de acordo ou segundo o seu trabalho». O princípio de distribuição no comunismo é: «A cada um de acordo com a sua necessidade».

Na prática, entretanto, há várias diferenças fundamentais entre socialismo e comunismo, relativas tanto à estrutura econômica quanto à organização política. Conquanto haja diversas definições de socialismo, o âmago comum do significado atual desse nome é o de um sistema econômico que permite a propriedade privada de empresas industriais, ao passo que as indústrias básicas são consideradas como de utilidade pública. Os governos trabalhistas da Grã-Bretanha, após a 2ª Grande Guerra e de alguns dos países escandinavos, podem ser corretamente citados como exemplos da experiência de socialismo em nações modernas. O comunismo, contudo, difere do socialismo por não ser permitida, teoricamente, a propriedade privada de indústrias, embora a renda individual possa variar.

Segundo MARX e ENGELS (The communist Manifesto, New York, 1942) — «o tema da luta de classes domina toda a história da humanidade, desde a introdução da propriedade privada e o subsequente embate entre os interesses individuais e os de classes».

Mas a propriedade privada é bem antiga. Segundo ROUSSEAU, «o primeiro homem que, havendo cercado um pedaço de terra, resolveu dizer isto é meu, e encontrou pessoas bastantes simplórias para nele acreditarem, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil».

O certo é que, pouco depois do aparecimento da propriedade privada de bens inanimados, a propriedade foi estendida aos seres vivos: os escravos.

Nos últimos tempos do Império Romano, deu-se o desaparecimento gradativo da escravidão. O declínio desta, contudo, não significou o aparecimento automático de um sistema de «liberdade pessoal»; o que se seguiu foi um regime de servidão. Uma de suas fontes pode ser identificada no chamado coloniato romano, um novo sistema de posse de terras pelo qual os rendeiros livres aos poucos decaíam para a situação semi-servil.

**1.6. Servidão e Feudalismo** — A insegurança da época compeliu muitos a vender seus serviços em troca de proteção (self commendation). A servidão floresceu e se avolumou no período turbulento e instável que se sucedeu à queda do Império Romano. Foram recrutados servos, novamente, nas fileiras dos escravos e entre aqueles que devido à conquista ou a causas econômicas, haviam perdido a liberdade. Tornaram-se súditos de seu senhor ou dono, em troca de proteção. O servo era ligado à terra: não podia abandoná-la, nem tampouco podia ser vendido independentemente dela. Aí precisava de permissão do senhor para casar-se e era obrigado a comprá-la. Aí estavam os germes do feudalismo, que é um sistema de suserania e vassalagem: o direito de governar era nele encarado como um direito de propriedade, pertencente ao detentor de um feudo. A relação entre senhor e vassalos era contratual, estipulando a obediência, subordinação, pagamento de impostos, de execução de determinados serviços, por parte do vassalo, em câmbio da proteção e do auxílio econômico dados pelo senhor.

No século XIX a separação essencial, na nova ordem da sociedade européia — quando apareceram grandes fortunas e se formaram imensas propriedades, era a entre a classe média em ascensão, detentora de todos os meios de produção, e uma

classe assalariada, teoricamente livre e que nada possuía, a não ser sua capacidade de trabalho. O óbito do castelão, do servo, do ocupante, do cultivador da gleba, não transmite a terra aos seus, mas devolve-a ao suserano, que mediante um tributo imite os herdeiros do defunto na posse. A posse, e só ela, contém a relação do homem com a terra, e é pela idéia de transmissão da posse que se revoluciona o princípio da sucessão mortis causa (*droit de saisine*). A princípio, a morte do servo devolvia a posse da terra ao senhor, que, por generosidade, ou mediante paga, reimitia o seu herdeiro. Mais tarde, porém, aceitou-se que a posse da terra passava diretamente do servo ao seu mais próximo parente, e admitiu-se que «*le serf mort saisit la vif son hoir le plus proche*». No limiar da Idade Moderna do Direito, uma nova concepção de propriedade se emoldura.

**1.7. A Revolução Francesa e o Código Napoleão** — «Embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os Homens, todo Homem» — diz LOCKE (*An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, Chapter V, 27) «tem uma Propriedade em sua própria pessoa. A esta ninguém tem nenhum Direito a não ser ele próprio».

A classe assalariada — que só possuía a si próprio —, não satisfeita com aquela situação, afirma-se contra o clero, a nobreza e o soberano, para lograr a posse de toda a máquina do Estado e utilizá-la para seus próprios fins. A classe dominante não era mais uma aristocracia de nascimento, mas uma aristocracia das fábricas e das finanças. Aquele a quem pertencem mais coisas tem uma importância social maior. Descrente da aristocracia de linhagem, a sociedade moderna constituiu uma nova idéia nobiliárquica, e fundou a aristocracia econômica. O homem valendo pelo que tem, cada um procura mais ter, construir a sua fortuna, como forma de influir. Em sua subida para o poder econômico, o homem adquiriu poder político. Juntara-se ao monarca para combater os senhores feudais; pusera fim ao sistema de guildas de produção, que a embaraçara com inúmeros entraves legais; aliara-se às classes inferiores para despojar os fidalgos, donos das terras, de seus poderes e privilégios.

A Revolução Francesa, na afirmativa de CAIO MÁRIO (30:22) foi um acontecimento de raízes profundas, de tão grande alcance social que se chega a dividir a história, à vista das transformações que causou. Não passaria da superfície o movimento, se deixasse intato o conceito medieval de domínio, e, disto conscientes, aqueles homens revolucionaram a noção de propriedade. O Código Napoleão traduz os pendores de seu tempo e sintetiza as idéias — forças do direito no século XIX. E como este foi o grande lago sereno do individualismo jurídico, aquele foi cognominado com razão o Código da Propriedade.

Continua o ilustre Professor (31:24): o romano via na proprietas o direito ilimitado sobre uma coisa, incorporava nela a liberdade de fazer o dominus o que bem lhe parecesse a menos que a lei lhe trouxesse, acrescenta VAN WETTER (Pandectes, § 162), uma limitação especial. Podia o proprietário usar, gozar, dispor da coisa, mas não se entende daí que o dominium constasse de uma soma de faculdades irregulares, senão exprimia «la pienezza del diritto sulla cosa, e le singole facultà, che in essa vanno distinte, non sono che estrinsecazione e manifestazione di questa pienezza» (WINDSCHEID, Pandette, II, § 167).

Depois da Revolução Francesa ter inscrito a propriedade entre os direitos naturais e imprescritíveis do homem, no art. 2º da Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, o Código Napoleão, que reflete e perpetua as idéias do tempo, define-a em termos que reproduzem a ilimitação romana, como sendo «le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements».

Apesar das contradições entre o absolutismo daquele direito e a sua sujeição às restrições impostas pelas leis e pelos regulamentos, inúmeros códigos copiaram a mesma linha de conduta. Assim o alemão (art. 903); o suiço (art. 641); o italiano de 1865 que repetiu: «diritto di godere e disporre delle cose della maniera più assoluta». O mesmo não fez o nosso Código, contentando-se com declarar (art. 524) que «a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua».

## 2. O INTERESSE SOCIAL DA PROPRIEDADE

Fala-se muito em «socialização do direito», tendo-se em vista, de um lado, o desenvolvimento da teoria do abuso do direito, e, de outro, o sentido de proteção ao mais fraco, como técnica do restabelecimento do equilíbrio social, cognominado por COLINT ET CAPITANT como «paternalismo» do direito moderno.

Não será direito nem correto proclamar, segundo CAIO MÁRIO (31:24) «que o direito se socializa, uma vez que como base estrutural do ordenamento jurídico a noção do direito subjetivo, imprime ao Direito cunho individualista, oposto ao conteúdo social do regime contrário. É exato que a tendência do nosso tempo é podar os excessos individualistas, e como implicitamente está consignado em toda uma legislação protecionista. Mas nem por suprimir-lhe os excessos, retira-se-lhe a essência».

Quando, pois, o direito positivo consagra a teoria do abuso do direito (Cód. Suíço, art. 2º), ou a jurisprudência a aplica (como no direito brasileiro ou francês), mesmo sem texto definidor, nem por isso toma o caminho socialista, pois, segundo mostrou a maravilha RENÉ DAVID, há um mundo de distância entre esta concepção, que é capitalista, e a regra consignada no famoso art. 1º do Cód. Civil Soviético, onde se lê o princípio de proteção dos direitos civis, «salvo no caso de exercício contrário à sua destinação econômica e social». Diferentes os fundamentos, pois que o da teoria do abuso de direito nos sistemas romano-cristãos é moral (RIPERT), enquanto que a fórmula soviética tem base econômica, espelham conceitos jurídico-políticos inconfundíveis (RIPERT, Georges. *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, pág. 183).

«Doutro lado, continua CAIO MÁRIO (31 : 25), «se é exato que a tendência da legislação protecionista vige no rumo de se coibir o abuso cometido pelo contratante mais forte ou pelo economicamente mais poderoso, nem por isto se lhe recusam direitos subjetivos, ou a estes é retirada proteção.

Ora, de todos os direitos subjetivos, o que mais fundamenta cala na consciência jurídica de um grupo social é a propriedade.

Mesmo as pessoas que não têm qualquer formação jurídica para perceber a noção abstrata do direito subjetivo; mesmo os indivíduos rudes sem um sensorio aberto à penetração do jurídico como idéia genérica, reduzem a idéia de «direito» aos termos de comparação como o sentido dominial.

Num concretismo bem ao gosto do tempo, não é errôneo, portanto, assentar que a conservação essencial das linhas de estrutura da propriedade permite definir a orientação geral de um sistema, e repelir a declaração de que este se socializa, enquanto mantiver as faculdades dominiais primárias».

Uma concepção nova de propriedade surge, erigida em função social. Os bens são dados aos homens, que devem gozar na sociedade uma função que corresponde a esta concessão. O exercício da propriedade tem por limite o cumprimento destes deveres e o desempenho de sua função. Se um indivíduo explora o bem de seu domínio fora desta órbita, afronta um dever superior e sai da linha de conduta compatível com a organização social. (PLANIOL, RIPERT et BOULANGER. *Traité Élémentaire*, I, nº 2.704, pág. 915).

Esta posição do domínio não constitui apenas uma concepção nova, defendida pelos teóricos, e jacente no plano doutrinário. Ao revés, introduziu-se em nosso ordenamento jurídico, e não tem outro sentido o disposto no art. 147 da Constituição Federal de 1946, ao enunciar que «o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social», renovado o princípio pelo art. 160, III, na Constituição vigente, baseando-se na «função social da propriedade» para realizar o objetivo da «justiça social»; bem como ao permitir que o legislador, mediante a desapropriação, promova «a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos».

**2.1. Conceitos e Definições** — Como se disse, repetindo SCUTO, a propriedade é «a pedra angular do direito das coisas» por ser, efetivamente, o direito real por excelência.

A propriedade é definida pelos juristas clássicos como a possibilidade de exercer um poder sobre uma coisa, de acordo com a vontade do titular, respeitadas as leis e os direitos de terceiros. (8 : vol. 42, pág. 114). Continua o autor: Tal definição já se

encontra em POTHIER, e dela não diverge WINDSCHEID. Para o pandetista alemão do século passado, o que caracteriza a propriedade é a identificação da vontade do titular com o destino dado ao objeto. Tal é o *Inhalt des Eigentums*, o conteúdo da propriedade.

Em termos análogos, SCIALOJA apresenta a propriedade como senhoria absoluta, decorrente do direito objetivo, que se exerce sobre uma coisa, no seu aspecto interno e externo.

Na tradição nacional, TEIXEIRA DE FREITAS concebeu o domínio, entendido como direito de propriedade sobre coisas, como «direito real, perpétuo ou temporário, de uma só pessoa sobre uma coisa própria, móvel ou imóvel, com todos os direitos sobre sua substância e utilidade».

Se toda definição é perigosa, permite, todavia, encontrar os elementos essenciais que caracterizam o instituto. Na realidade, a lei fixou, em relação à propriedade, mais os seus limites do que o seu conteúdo positivo, permitindo, na elucidativa lição de IHERING, que a vontade individual possa plasmar o real conteúdo do domínio, respeitadas as limitações legais.

A propriedade é, pois, um direito ao valor e à substância da coisa, abrangendo dois aspectos distintos: o econômico e o jurídico.

O aspecto econômico também denominado relação interna é constituído pela vinculação existente entre o proprietário e o bem que lhe pertence. A atuação na relação interna compreende o poder de usar, gozar e dispor da coisa. A relação externa refere-se ao direito que tem o proprietário de excluir os terceiros de qualquer ato que queiram praticar em relação à coisa. É o direito de impedir ou evitar qualquer intromissão, criando para os demais membros da coletividade um dever de abstenção.

Discutiu-se muito o duplo aspecto do direito de propriedade, entendendo alguns autores, como PLANIOL e DEMOGUE, que não se pode conceber uma relação jurídica que tenha como objeto uma coisa, pois toda relação jurídica é necessariamente entre pessoas. Outra corrente entendia que a disposição não é faculdade inerente ao direito de propriedade, mas decorrente da capacidade jurídica do titular.

Tais discussões são, hoje, entretanto, consideradas logomacias superadas, decorrendo a conceituação da propriedade, entre nós, da própria disposição do texto legal. O art. 524 do Código Civil vigente assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (relação jurídica interna), e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua (relação externa). A mesma disposição é encontrada nos códigos modernos, como no art. 903 do Código Civil Alemão e art. 641 do Suíço.

**2.2. Caracterização do Direito de Propriedade** — A complementação da relação interna pela relação externa permite que se caracterize o direito de propriedade como direito absoluto, exclusivo, normalmente perpétuo ou irrevogável e elástico. O absolutismo do direito decorre de sua oposição a todos, do fato de ser um direito erga omnes, sendo tecnicamente absoluto, embora nem sempre possa sê-lo no sentido social, limitando-se, ao contrário, o direito do titular de acordo com o interesse social. É exclusivo porque não admite, na sua conceituação atual, uma superposição de titulares, contrariamente ao que ocorria na Idade Média. É normalmente perpétuo ou irrevogável, embora conheça a nossa legislação a propriedade resolúvel (art. 647 do Código Civil). E, finalmente, é elástica, na afirmação de ARANGIO RUIZ, pois o desaparecimento de qualquer direito real limitado restaura a propriedade no seu aspecto ilimitado ou pleno, presumindo-se, outrossim, a inexistência de ônus até prova em contrário (art. 525 do Código Civil).

**2.3. Teorias Justificativas** — Em todos os tempos, inúmeras foram as teorias que pretenderam justificar ou fundamentar o direito de propriedade. A mais antiga é a teoria da ocupação que, como explica WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, nada explica, pois apresenta um simples fato e não uma exposição que o possa fundamentar. Não é mais feliz a teoria que pretende justificar a propriedade pelo trabalho, pois a compensação do trabalho é o salário, implicando a tese em verdadeira negação do direito de propriedade, na autorizada opinião de MARCEL PLANIOL. Apesar disso, o Projeto, em discussão, do Código Civil Brasileiro, elaborado sob a coordenação de MIGUEL REALE, consagra esse princípio — como uma revolução social.



Fugindo à metafísica, uma corrente doutrinária das mais antigas explica a propriedade como uma criação exclusiva da lei. Vindo essa idéia já do século XVIII e merecendo o apoio de autores como BOSSUET e MONTESQUIEU, obteve a adesão do Professor DARCY BESSONE, merecendo, em artigo publicado na Revista Forense, refutação de W. de B. MONTEIRO — que atribui ao pensamento católico encontrar na própria natureza a fonte real do direito de propriedade, arrimando-se, dentre outras fontes, nas encíclicas *De rerum novarum*, *Quadragesimo Anno* e *Mater et Magistra*.

Na realidade, estão plenamente superadas as idéias marxistas em matéria de propriedade e os países comunistas já estão, hoje, no caminho do restabelecimento da propriedade individual — de acordo com a nova orientação econômica que prevalece especialmente nos países satélites.

Lembra RIPERT que estamos na época da proletarização e da democratização da propriedade, em que se multiplica o número de proprietários e se tenta criar novas espécies de propriedades, como por exemplo a propriedade intelectual, a propriedade comercial, e possivelmente a agrária. É a LEON DUGUIT que se deve a divulgação da teoria que faz da propriedade não apenas um direito, mas também um dever. Inspirado em AUGUSTO COMTE, o autor pregou a reforma do direito de propriedade, segundo a qual torna-se necessário abandonar a propriedade-especulação e admitir a propriedade-instrumento-social, nela vendo uma instituição necessária básica para o progresso social e o desenvolvimento dos países, condenando, entretanto, as distorções e os abusos. Dessa maneira, pensa, também, RIPERT. A teoria do abuso do direito, mesmo criticada por grande juristas, adquiriu corpo progressivamente e, hoje, acha-se inscrita nas legislações (art. 160, I do Código Civil; art. 16, do C.P.C., etc.).

O Ante-Projeto do nosso Código Civil, elaborado sob a coordenação do Prof. MIGUEL REALE, e já transformado em Projeto, procura seguir essa linha de entendimento, frisando, mesmo, a sua exposição de motivos — em comentário ao direito das coisas — que «fácil é perceber a modernidade das novas disposições propostas, que situam, de maneira efetiva, a propriedade em sua

função social», inspirando-se todo o seu conteúdo na «compreensão solidária dos valores individuais e coletivos, que, longe de se conflitarem, devem se completar e se dinamizar reciprocamente, correspondendo, assim, ao desenvolvimento da sociedade brasileira, bem como às exigências da Ciência Jurídica contemporânea», concluindo que «é possível satisfazer aos superiores interesses coletivos com salvaguarda dos direitos individuais».

### 3. CONDOMÍNIO. CONCEITO

Condomínio ou compropriedade «é a forma anormal da propriedade, em que o sujeito do direito não é um indivíduo, que o exerce com exclusão dos outros; são dois ou mais sujeitos, que exercem o direito simultaneamente. O condomínio pode nascer de um contrato (comunhão convencional), de herança ou de outro acontecimento, em que não haja concurso de vontades (comunhão eventual ou incidente). Pode abranger a totalidade da coisa ou apenas uma parte, como no condomínio de paredes e tapumes». (in JEAN DEVAUX, *Traité Élémentaire de Droit International Public*, Paris, 1935, pág. 74 — e 5: 168).

A palavra condomínio era usada como sinônimo de comunhão. Todavia, segundo a terminologia do direito romano, foi feita distinção entre comunhão —indicativa do gênero— e condomínio, da espécie; a comunhão compreende um direito de crédito, ao passo que o condomínio só se refere à propriedade e outros direitos reais. (GUIDI, Umberto. *Il condominio nel nuovo Codice Civile*, pág. 5).

A princípio, cada condômino era considerado dono de fração ideal da coisa; modernamente, prefere-se a divisão do direito de propriedade à divisão abstrata do próprio bem. Segundo CARLOS MAXIMILIANO (20 : 8/9), «hoje, mormente em face do considerável desenvolvimento que teve a compropriedade em prédios urbanos, não mais é possível atribuir aos cointeressados apenas o direito sobre a fração ideal do imóvel. O seu jus estende-se ao bem inteiro; as cotas apenas servem para fixar equitativamente a divisão dos frutos e dos encargos e despesas, bem como para oferecer base à partilha material e definitiva do conjunto, à trans-

formação do condomínio pro indiviso em condomínio pro diviso. Os direitos são qualitativamente iguais; presumem-se também iguais quantitativamente; porém, não raro, diferem neste particular, quando seja diversa a proporção em que concorre cada interessado.

Não há propriedade múltipla sobre uma coisa; porém várias pessoas participando de uma só propriedade. A linha alemã, eminentemente precisa e técnica, deixa em evidência o conceito acima; possui dois vocábulos expressivos: *Eigenthum* — domínio único; *Miteigenthum* — condomínio, ou melhor — um só domínio partilhado por diversos indivíduos.

Numa antevisão do moderno, dizia CUJÁCIO que «a parte indivisa está, à semelhança da alma, toda no todo e toda em qualquer parte». O domínio é exercido na plenitude das suas atribuições, por duas ou mais pessoas. Segundo IHERING, «não há partilha atomística da coisa; muito menos partilha do direito, porém do conteúdo do direito». Entendem outros que, na compropriedade se não fraciona o objeto, nem o direito, mas o gozo; cada um tem direito sobre o todo exercido conjuntamente por todos; daí resulta um contraste, ou atrito, que se resolve retrocedendo cada um dos limites em que os outros fruem do mesmo modo a coisa comum; não a coisa, mas os dons, as utilidades da mesma devem ser igualados. (25 : V. II, pág. 75 e 6 : 22).

Em essência, o condomínio é transitório, tanto em razão de sua própria natureza oposta à qualidade exclusiva da propriedade, como porque milenarmente tem sido fonte permanente de constantes litígios, que o legislador quer reprimir e cercear, instituindo a regra da sua cessação pela iniciativa de qualquer consorte a qualquer tempo (Cód. Civil, art. 629), ainda quando se haja ajustado a continuidade da situação, ou quando o estado de comunhão tenha sido determinado pelo doador ou testador.

Como complemento desses preceitos, nenhum condômino tem o direito de dar a terceiros a posse, uso ou o gozo da propriedade sem o prévio consenso dos demais (Cód. Civil, art. 633), nem pode alienar a sua quota-parte a pessoa estranha ao condomínio, sem reconhecer a qualquer dos consócios preferência para adquirí-la, tanto por tanto (Cód. Civil, art. 1.139).

Sobre estes três pontos assentam os fundamentos do condomínio clássico e a sua teoria constrói-se a partir daí, pois tudo que isso estravase não passa de consectários, que a imposição de uma lógica elementar extrai — (31 : 62).

### 9.1. Propriedade Horizontal — Conceito. Denominação —

Com a procura do homem pelos centros mais adiantados, ainda interessado em residir ou estabelecer-se em locais centrais, surgiu o problema de espaço. Procurando, de seu lado, emergir à tona desta inundação de desconforto, desenvolveu-se ao máximo a técnica de construção, que permitisse o melhor aproveitamento dos espaços e a mais suportável distribuição de encargos econômicos, mediante o edifício de apartamentos. Projetou para o alto as edificações, imaginou acumular as residências e aposentos uns sobre os outros, criou o arranha-céu, fez as cidades no sentido vertical e, numa espécie de ironia do paradoxo, apelidou-a propriedade horizontal, em razão do edifício achar-se dividido por planos horizontais. (31 : 49).

A divisão de um edifício em apartamentos, salas, conjuntos ou andares é admitida juridicamente sob forma em que se combinam as regras da propriedade individual e do condomínio.

A situação caracteriza-se pela justaposição de propriedades distintas, perfeitamente individualizadas, ao lado do condomínio de partes do edifício, forçadamente comuns. Cada unidade pertence exclusivamente a um proprietário, que, todavia, tem o exercício do seu direito limitado pelas obrigações especiais que decorrem de possuí-lo num só edifício de vários pavimentos. Mas, do mesmo passo que é dono do seu apartamento, é necessariamente condômino de certas partes do imóvel, que permanecem, para sempre, em estado de indivisão forçada. É essa situação, muito difundida nas grandes cidades de crescimento vertical, que se procura definir juridicamente sob a denominação de propriedade horizontal. A terminologia, no entanto, não é uniforme. Alguns insistem em qualificar o fato, acentuando um de seus aspectos, como condomínio, acrescentando, para distinguí-lo do ordinário, as seguintes expressões: relativo, *sui generis*, por andares ou apartamentos, etc. Qualquer dessas denominações pode ser aceita, ainda que algumas sejam mais expressivas que outras. (16 : 301).

CARLOS MAXIMILIANO adotou condomínio relativo; CAMPOS BATALHA: condomínio por andares ou apartamentos; SERPA LOPES: propriedade em planos horizontais; HÉBRAUD: copropriété par appartement; DENIS: copropriété des immeubles par appartement; EDITH KISCHINEWSKY-BROCQUISSE: copropriété des immeubles; RACCIATTI: propiedad por pisos o por departamentos; HENRY SOLUS: une maison divisée par étages. (31 : 55).

Verdade, pois, que com adversários declarados (CAMPOS BATALHA, LINO SALIS, JOSÉ A. NEGRI), a expressão propriedade horizontal não afronta o gênio da língua, nem aparece erma de paraninfos (CAIO MÁRIO, CASTAN, CUNHA GONÇALVES, SANTIAGO ROSEMBERG, OMAR A. LASSAGA, EDUARDO JORGE LAJE, ORLANDO GOMES, SERPA LOPES, etc.).

MIGUEL REALE procura justificar, em longa exposição, o emprego, no Ante-Projeto do Código Civil Brasileiro, (Título III, Capítulo VIII) da denominação Condomínio Edifício, dizendo-a adotada na Itália, «como toda técnica de construção». Em trabalho de crítica e sugestões, sob a orientação do Professor MILTON FERNANDES, pesquisou-se exaustivamente em mais de cinquenta dicionários latinos, espanhóis, franceses, portugueses, italianos, alemães, ingleses, russos, etc., concluindo-se que o adjetivo edifício é sempre empregado com o sentido de «que se refere ao edil, que concerne ao edil, que pertence ao edil», mas nunca com o sentido de «que se refere ao edifício, que concerne ao edifício, que pertence ao edifício». Somente em italiano, o adjetivo apresenta, além de suas acepções clássicas, o sentido de «que se refere à arte de construir», que «concerne à manutenção e execução dos edifícios públicos e privados». Daí o subsídio do Professor RUBENS ROMANELLI — colaborando na pesquisa, e valorizando-a, como emérito lingüista: «conclui-se que a expressão Condomínio Edifício nada tem de vernácula e só se justifica, em português, como em espanhol e francês, como um italianismo».

**3.2. Conceito Moderno do Novo Instituto Jurídico** — O edifício de múltiplos andares veio, efetivamente, abrir uma frente nova no setor econômico e no jurídico. Criou, sem dúvida, um

valor novo, possibilitou o progresso das cidades, propiciou crescimento de recursos aos que eram senhores de imóvel situado em zona de urbanização rica, e ofereceu oportunidade a todos, numa escala de fortuna altamente variada, para adquirir casa própria. Multiplicou a utilização imobiliária, e portanto desdobrou economicamente o sentido útil da propriedade.

No campo do direito, mobilizou a imaginação legislativa no sentido da normação dos preceitos de comportamento, diante dos novos problemas criados. Nesse objetivo, diversos países cuidaram da adaptação legislativa, seja pela votação de leis ou através de emendas aos códigos. A dificuldade surgiu, quando os doutrinadores foram convocados para estruturar a dogmática do instituto que, sem tradição, deparou-se-lhes como a formação de um novo instituto. O fenômeno jurídico da comunhão, da superfície, da servidão, da co-propriedade indivisa, bastou para a coordenação do fenômeno econômico e do fenômeno social respectivo. Naquilo em que a evolução consistiu na transformação da regra com o objetivo de abranger o conteúdo atual da instituição vetusta, é lícito, e é útil, trazer vivificada a elaboração da lógica romana. Mas não é possível, e nisto falharam todos os esforços, disciplinar um acontecimento sócio-econômico absolutamente original, por via de *iuris praecepta* do tempo dos céсарes. Nenhum impulso evolutivo resiste a tão pesada carga. (31 : 70).

Nenhum esforço de adaptação pode disfarçar as características próprias do novo conceito dominial, para comprimi-lo na idéia antiga de propriedade. Esta, como *ius utendi, fruendi et abutendi*, pressupõe o poder exclusivo do senhor, oponível erga omnes, e, se comporta e sempre comportou restrições, não se desfigurava a faculdade de assenhoreamento do bem, sem contraste nas suas linhas fundamentais.

### 3.3. Propriedade Individual das Unidades Autônomas —

A originalidade e a peculiaridade da propriedade horizontal está na fusão dos conceitos de domínio singular ou exclusivo e de domínio plural ou comum, para a criação de um conceito próprio ou de um *complexus jurídico* que existe neste tipo de propriedade e que não é encontrada em nenhum outro tipo de propriedade. O condomínio por unidades autônomas ou propriedade horizontal,

com o qualificativo que a distingue, forma, então, um direito diferente, que amalgama, ou funde as noções de propriedade e de co-propriedade.

Na propriedade horizontal a propriedade exclusiva assegura ao dominus um acervo de direitos subjetivos, que perderiam toda consistência se não houvesse simultaneamente o condomínio, uma vez que o exercício daquele, com a utilização da coisa, seria inviável, se não houvesse a propriedade coletiva ou a propriedade conjunta de todos sobre as áreas de acesso. A própria realização concreta do plano, na materialidade da edificação, seria impossível quanto à unidade autônoma, se não houvesse a co-propriedade do terreno.

Na propriedade horizontal o condomínio sobre o subsolo, solo, partes de uso comum, perderia totalmente a finalidade, se não existisse a propriedade individual da unidade autônoma.

A propriedade horizontal é, portanto, um direito, que se configura com as suas linhas estruturais definidas, próprias, características, peculiares, na aglutinação do domínio e do condomínio; da propriedade individual e da propriedade comum, formando um todo indissolúvel, inseparável e unitário. Os direitos do comunheiro sobre a sua unidade autônoma e sobre as partes comuns consideram-se então indivisíveis, não podendo ser cedidos separadamente. (ZURFLUH. Copropriété d'Appartements, nº 74).

Somente esta simbiose orgânica dos dois conceitos, na criação de um direito complexo, é que oferece justificativa precisa aos direitos e aos deveres dos condôminos. Não é apenas uma propriedade mista, em que o domínio exclusivo vive ao lado do condomínio. Não é uma justaposição de direitos e de conceitos. É uma fusão de direitos e uma criação de conceito distinto. (31:75).

— 3.4. O Condomínio Horizontal no Direito Substantivo —  
Não era desconhecida, em Roma, a superposição habitacional: ao contrário, conhecida e praticada. Não era indiferente ao direito: era observada e disciplinada. E não falta mesmo quem vá remontar à civilização pré-romana dos caldeus, no segundo milênio antes de Cristo, a divisão de prédio em planos horizontais (AÉBY, La Propriété des Appartements, nº 8).

Mas não tolerava o Direito Romano a divisão da casa por planos horizontais, por lhe parecer contrária aos princípios dominantes. Se a propriedade do solo projeta-se para o alto e vai ad astra, e se aprofunda chão a dentro até o inferno — ad inferos — faltava justificativa ali para a separação e autonomização dos direitos de quem acaso vivesse acima do proprietário do solo, incompatibilidade tanto mais flagrante, quanto mais arraigada a convicção de que se subordina ao proprietário do solo qualquer edificação sobre ele levantada: «aedificium solo cedit et ius soli sequitur». (20: nº 75-A).

Os grandes monumentos legislativos do século XIX não disciplinaram a matéria. O Código Napoleão não deu importância à matéria, limitando-se a determinar que, se os diferentes andares de uma casa não pertencessem ao mesmo proprietário, todos suportariam, por inteiro, as despesas de reparação e construção das paredes mestras e do teto, na proporção do valor de seu andar, cabendo a cada um seu respectivo piso, e a cada um a escada do andar inferior até o seu (art. 664). Evidente a despreocupação do jurista quanto ao problema. O Código italiano de 1865 refere-se ao assunto com a mesma displicência (art. 560). O Código português, de 1867 (art. 2.335) toma o assunto apenas para regular os encargos de reparação e conserto. Assim também o código espanhol. O BGB de 1896 não deu maior atenção ao assunto, pouco ampliado no de 1951. O Código suíço aborda o assunto exclusivamente no art. 45 — sob a epígrafe de «Direitos Reais abolidos». O Direito Soviético não acolheu o instituto.

No Direito Brasileiro não era igualmente desconhecido o problema. Já nas Ordenações do Reino herdamos a idéia, referindo-se elas à casa que de dois senhorios fosse, a um pertencendo o sótão e a outro o sobrado (liv. I, tít. 68, § 34). A Consolidação de TEIXEIRA DE FREITAS repete, ampliada, a regra (art. 946).

Codificado o nosso direito, não só deixa de cogitar o diploma de 1916, da divisibilidade por andares, como a manifestação de seu ilustre autor é francamente a isso contrária, opinião que nele perdurou mesmo após a mudança da orientação da política



legislativa (5: art. 51). Coube, pois, ao direito contemporâneo tudo fazer, em termos de novidade ou de criação original, à míngua de exposição dogmática da matéria. Assim, em período muito curto, o legislador de vários países repensou a noção da divisão da coisa imóvel, e cuidou de regulamentá-la. Em Portugal, o dec.-lei nº 40.333, de 14-10-55, regulou minuciosamente o condomínio de edifícios. Na Bélgica, a lei de 1924 modificou o Código Civil no que diz respeito à propriedade em comum. Na França, a lei de 28-6-38 instituiu novo regime para a co-propriedade. Na Itália, legislação de 1934 e 1935 disciplinou, em termos modernos, as relações entre condôminos, sobre casas, e o novo Código Civil, arts. 1.117 e segs., determinou os princípios do condomínio de edifícios. A Espanha o regulamentou pela lei de 1939. A Argentina pela lei de 1948. O Uruguai pela de 1946 e a Venezuela pela lei de 1957. Já agora, quase todos os códigos modernos tratam do assunto, de forma detalhada.

Não consignando o nosso Código Civil, de 1916, dispositivo pertinente à propriedade horizontal (os arts. 623 a 645 tratam do condomínio clássico), não ficou o nosso legislador, entretanto, alheio à nova corrente de pensamento. Foi a técnica da divisão do prédio em andares constituídos de unidades autônomas criada pelo decreto nº 5.481, de 25-6-28, modificado pelo dec. lei nº 5.234, de 8-2-43, e pela lei nº 285, de 5-6-48. Mais recentemente, preocupado o legislador com o imenso desenvolvimento adquirido com o sempre crescente número de edifícios, sujeitos a normas reduzidas, lacunosas, insuficientes, bem como a crescente especulação imobiliária — sem uma regulamentação e um controle legal, elaborou uma lei — a nº 4.591, de 16-12-64 — que consignou a concepção moderna da propriedade horizontal, regulou-lhe a existência, tratando, ao mesmo tempo, da construção de edificação em condomínio.

O anteprojeto do Código Civil — MIGUEL REALE, atentando para a importância do instituto, tratou, com maior minúcia, da propriedade horizontal, preferindo, como se viu atrás, a denominação «Condomínio Edifício». Dedicava-lhe 27 artigos (1.521 a 1.547). Transformado no Projeto de Lei nº 634, de 1975 (Mensagem nº 160/75), manteve-se na mesma posição estrutural,

com os mesmos 27 artigos, sob os números 1.364 a 1.390 do Livro III, Título III, Capítulo VIII. Estabelece, no primeiro dos seus artigos, que «pode haver», quando deveria dizer «há», «em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos», passando a discriminá-las nos seus cinco parágrafos. Trata da constituição do condomínio, dos direitos e obrigações dos condôminos, da conservação da administração e extinção do condomínio. Em discussão, esse Projeto sofrerá, por certo, ainda, inúmeras emendas.

Aliás, os princípios contidos no Anteprojeto, ora Projeto MIGUEL REALE são, em linha geral, os da lei em vigor, nº 4.591, de 16-12-64, cujo anteprojeto foi elaborado pelo Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. Os fundamentos doutrinários dessas normas são matéria nova com absorção, é claro, dos princípios gerais do direito, e cujo comentário, apesar de interessante, ultrapassaria os limites deste despretensioso trabalho. O seu aditamento poderá vir a surgir, se o interesse ditar a oportunidade.

### BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**, 1º vol., Rio de Janeiro, 1933.
- ASCARELLI, Túlio. **Sociedades y Asociaciones Comerciales**, Ediar S/A. Editores, Buenos Aires, 1947.
- AUBRY et RAU. **Cours de Droit Civil Français**, 6ª E., vol. II, Librairie Marchal et Billard, Paris, 1935.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. **Direito das Coisas**, in Curso de Direito Civil, 3º vol., Saraiva, S.P., 1967.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**, in Código Civil Comentado, vol. IV, Livraria Francisco Alves, 1917.
- BARASSI, Ludovico. **Proprietà e Comproprietà**. Giufrè Editore, 1951.
- CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Loteamentos e Condomínios**. M. Limonad, São Paulo, 1953.
- CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Condomínio**, in Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro.
- \_\_\_\_\_. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, vol. II, 7ª ed., Freitas Bastos, 1958.
- COLIN et CAPITANT. **Cours Élémentaire de Droit Civil Français**, vol. I, Dalloz, Paris, 1939.
- CUNHA GONÇALVES, Luiz. **Da Propriedade Horizontal ou por andares**, Ática, Lisboa, 1956.

- DAVID, René. **Tratado de Derecho Civil Comparado**. Madrid, Editora Revista del Derecho Privado, Madrid, 1953.
- ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, Propriedade, Condomínio, Direitos Autorais**. Ed. Conquista, Rio, 1956.
- FRANCO, J. Nascimento & NISSKE, Gondo. **Condomínio em Edifícios**. Ed. Rev. dos Tribunais (LTr), S.P., 1971.
- FRIEDRICH. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Ed. Nosso Livro, 4ª Ed., S.P., 1891.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**, Forense, Rio, 1958.
- HOBHOUSE, L. T. & WHEELER, G. C. and GINSBERG, M. **The Material Culture and Social Institutions of the Simple Peoples**. London, 1930. pág. 244.
- LABERT, d'Edouard. **Introduction a l'Étude du Droit Comparé (Recueil d'Études)**, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1938.
- LÉVY-BRUHL. **Les Fonctions Mentales dans les Sociétés Inférieures**, Felix Alcan, Paris, 1910.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Condomínio**, 5ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1961.
- MILL, J. S. **The Difficulties of Socialism**, in Fortnightly Review, XXV, New Series, 1879, p. 527.
- PERETTI, Griva Domenico R. **Il Condominio delle case Divise in Parti**, U.T.E.T., Torino, 1960.
- PLANIOL, Marcel et RIPERT, Georges. **Traité Pratique de Droit Civil Français**, 2ème ed., Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Tomo III, Paris, 1952.
- RUGGIERO e MAROI. **Istituzioni di Diritto Privato**, Giuseppe Pricipato, Milano, 1949.
- RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil — (trad. de Ary dos Santos)**, vol. II, Saraiva, S. Paulo, 1958.
- RUMNEY, Jay & MAIER, Joseph. **Manual de Sociologia** (trad. de Octávio Alves Velho), Zahar Ed., Rio, 1957.
- SALIS, Lino. **Il Condominio Negli Edifici**, in **Tratato de Diritto Civile Italiano**, vol. 5, tomo 3º, U.T.E.T., Torino, 1950.
- SERPA LOPES, M. M. **Curso de Direito Civil**, vol. VI, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1960.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Propriedade Horizontal**, Forense, Rio de Janeiro, 1961.
- . **Instituições de Direito Civil**, 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1963.
- . **Condomínio e Incorporações**, 1ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1965.
- VENTURA, Traveset y Gonzalez. **Derecho de Propriedade Horizontal**, Bosch, Casa Editorial, 2ª Ed., Barcelona, 1966.
- (Além de outras obras citadas no curso do trabalho).