

# A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONVENÇÃO CONDOMINIAL

Daniel de Pádua Andrade<sup>1</sup>

Pedro Henrique Paolucci de Almeida Guimarães<sup>2</sup>

## RESUMO

A convenção regula a convivência no condomínio edilício segundo os interesses dos condôminos. Trata-se de ato normativo que produz efeitos *erga omnes* mediante registro. Esta natureza atípica enseja reflexões no tocante à validade das restrições individuais estabelecidas nas cláusulas. Neste sentido, destaca-se a incidência dos direitos fundamentais, como mecanismo apto a impedir que as frequentes cláusulas abusivas afrontem os valores essenciais do ordenamento. Decorrente do neoconstitucionalismo, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais contribui para a adequação do Direito Privado aos paradigmas do Estado Democrático de Direito. Neste contexto, erige-se a teoria dos deveres de proteção, segundo a qual os direitos fundamentais dirigem-se primordialmente ao Estado, conquanto atinjam reflexa e diretamente a esfera particular. A fim de balizar a aplicação horizontal dos direitos fundamentais, a doutrina elaborou parâmetros de análise tópica. No caso da convenção condominial, a conformação destes critérios revela a necessidade de uma maior valoração dos direitos fundamentais em face da autonomia privada. Destarte, em eventuais conflitos de interesse, deve-se atentar para as peculiaridades jurídico-sociais desta relação privada.

Palavras-chave: Convenção de condomínio. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Condomínio edilício.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo motiva-se na crescente importância do condomínio edilício no contexto urbano, bem como na necessidade de analisar a convenção condominial sob a égide dos novos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>1</sup> Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, e-mail: danieldepaduaandrade@gmail.com.

<sup>2</sup> Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, e-mail: pedro.paolucci8@gmail.com.

A convenção de condomínio consubstancia uma normatização particular, vez que, aprovada e registrada pelos condôminos, possui natureza estatutária e efeitos irradiantes (*erga omnes*), excepcionando a regra civil do *res inter alios acta*.

Ademais, as relações disciplinadas pela convenção do condomínio edilício (residencial ou comercial) tangenciam diversos valores fundamentais, como a propriedade, liberdade, igualdade, família, livre iniciativa etc.

Assim, percebe-se que o referido instrumento exige um tratamento diferente do dispensado aos negócios jurídicos tradicionais, nos quais impera o caráter patrimonial, a relatividade dos efeitos e a igualdade dos contratantes.

Destarte, surge a questão da legitimidade das restrições individuais estabelecidas pela autonomia privada dos condôminos. Pois o ato normativo em questão regram o dia-a-dia de uma considerável coletividade e sujeitará, inclusive, pessoas alheias à sua elaboração.

Por um lado, a convenção condominial concretiza a faculdade normativa dos condôminos de regular sua microcomunidade de acordo com seus interesses. Por outro, obviamente, o exercício de tal direito subjetivo não é absoluto.

O objetivo deste trabalho é analisar a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na convenção do condomínio edilício, como mecanismo apto a coibir violações constitucionais pelas cláusulas abusivas, em seus aspectos teóricos e práticos.

A parte inicial do texto busca definir a natureza jurídica da convenção condominial a partir de seus efeitos, para que melhor se compreenda a atipicidade deste negócio jurídico plurilateral.

Em seguida, inicia-se o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais por sua relação com os paradigmas introduzidos pelo neoconstitucionalismo. Expõem-se, então, as principais correntes sobre o tema (*state action*, eficácia mediata, eficácia imediata e deveres de proteção - com ênfase nesta última) e os mecanismos elaborados para, na prática, aplicar diretamente os direitos fundamentais na esfera privada.

Por fim, o desenvolvimento culmina em uma análise das peculiaridades jurídico-sociais da convenção condominial e as respectivas consequências na incidência específica dos direitos fundamentais em face das cláusulas abusivas.

## **2 NATUREZA JURÍDICA DA CONVENÇÃO CONDOMINIAL**

A definição da natureza jurídica da convenção de condomínio edilício relaciona-se intimamente com o estudo de sua eficácia, uma vez que tais aspectos originam-se e explicam-

se reciprocamente. Na qualidade de negócio jurídico plurilateral (MIRANDA, 1955, p. 346), a convenção diferencia-se do contrato no tocante à produção de efeitos.

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. (PEREIRA, 2001, p. 130-131)

Após a aprovação pelo quórum qualificado e o registro no Cartório de Imóveis, este ato jurídico passa a contar com natureza estatutária ou corporativista (PEREIRA, 2012, p.163) justamente por seus efeitos irradiantes, que alcançam qualquer pessoa que eventualmente se relacione com o condomínio. Este entendimento é reforçado pela legislação pátria.

Lei 4.591/1964, Art. 20. Aplicam-se ao ocupante do imóvel, a qualquer título, tôdas as obrigações referentes ao uso, fruição e destino da unidade.

Lei 10.406/2002, Art. 1.333. A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção.

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

A moderna teoria das fontes classifica a convenção condominial como ato-regra privado, em virtude de seu condão normativo (PEREIRA, 2001, p. 131). Segundo esta corrente, são fontes formais do direito todos os atos jurídicos *lato sensu* - manifestações de vontade exteriorizadas com o objetivo de produzir um efeito de Direito – (LOPES, 2000, p. 83), compreendendo as espécies ato-regra, ato-subjetivo, ato-condição e ato jurisdicional.

Nessa esteira, o ato-regra caracteriza-se pela “manifestação de vontade dotada de força obrigatória e apta a pautar um comportamento individual” (PEREIRA, 2001, p. 131) e tem como principal expoente a lei. Contudo, existem situações em que se concede força normativa aos particulares, como no caso da convenção condominial.

[Dá-se o ato-regra privado] Quando alguns indivíduos se agrupam e elaboram, pela declaração de sua vontade, um conjunto de normas jurídicas a que se veem submetidos, procedem em paridade de situação com o legislador, e criam regras jurídicas que, nem por se constringirem dentro das fronteiras restritas de um reduzido número de pessoas, deixam de ter o aspecto bem nítido de normas jurídicas.(PEREIRA, 2010, p. 49)

Não obstante o caráter de direito social condicionado (pois a incidência pressupõe a participação do indivíduo no âmbito condominial), resta nítida a heteronomia da convenção condominial (GOMES, 1986, p. 69).

Por um lado, a convenção consubstancia a pretensão de concretude do ordenamento jurídico, ao permitir uma autorregulação específica segundo os interesses dos condôminos. Por outro, a aptidão de sujeitar terceiros alheios à instituição das cláusulas desafia o princípio privado da incolumidade das esferas jurídicas (MIRANDA, 1954, p. 137).

Nesse contexto, surge a questão da aplicação dos direitos fundamentais nesta relação, como uma garantia de que os abusos na normatização privada não lesarão os bens jurídicos essenciais aos indivíduos envolvidos (HESPANHA, 2007, p. 470).

Destarte, faz-se necessário uma digressão teórica sobre o desenvolvimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

### **3 NEOCONSTITUCIONALISMO E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais resguardam os bens jurídicos essenciais à pessoa e fundam-se na ideia de dignidade humana, ainda que em variados graus (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 60). A concepção da eficácia horizontal destes direitos decorre em grande parte da reestruturação teórico-jurídica iniciada pelo neoconstitucionalismo a partir das Grandes Guerras (MARTINS, 2007, p. 266).

Como Ideologia de Direito, o Neoconstitucionalismo consistiria no esforço de se colocar em primeiro plano a garantia dos direitos fundamentais, representando um salto de qualidade em relação ao constitucionalismo, que se preocupava predominantemente com a limitação do poder estatal.

Esta mudança de foco se explicaria pela ascensão do Estado Democrático de Direito, no qual o Estado é tido como promotor de direitos e não mais como usurpador de direitos. (MARTINS, 2007, p. 267)

O movimento neoconstitucionalista pautou-se por três vetores, quais sejam, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO *apud* MARTINS, 2007, p. 266).

Com efeito, observou-se a promulgação de Constituições de forte conteúdo garantístico, que passaram a impregnar os ramos do direito infraconstitucional, “de maneira invasiva, intrometida, capaz de influenciar a ação dos atores políticos e as relações sociais” (MARTINS, 2007, p. 266).

Nessa esteira, iniciaram-se as reflexões sobre a insuficiência de garantias do particular, então adstritas à proteção em relação ao Estado e deficientes no tocante aos perigos

provenientes do setor privado. Eis então que se teoriza sobre a eficácia dos direitos fundamentais para além da relação Estado-particular (eficácia vertical – *Mittelbare, indirekte Drittwirkung*), incluindo a relação particular-particular (eficácia horizontal – *Unmittelbare, direkte Drittwirkung*) (HESPANHA, 2007, p. 471).

Para Daniel Sarmiento, grande entusiasta da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, a referida aplicação "é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa". (TARTUCE, 2011, p. 55-56)

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais reforça o dever de colaboração dos particulares, uma vez que responsabiliza não só o Estado mas também os indivíduos pela persecução dos valores institucionalizados. Dessa feita, ressalta-se um viés solidarista no Direito Privado, em contraposição à clássica visão individualista.

Os direitos fundamentais são pautas que norteiam a atividade social. Não se pode conceber uma sociedade que, baseada na autonomia da vontade, abandone por completo o compromisso com a justiça social. Assim, não se pode esquecer que os objetivos fundamentais da República são pautas de um projeto de sociedade, cuja execução não depende apenas do Poder Público. (CAMBI; LIMA, 2010, p. 101)

Trata-se de questão polêmica e delicada. Pois se é certo que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais atua como limite à autonomia privada, também o é que tal incidência não deve suprimir em absoluto a capacidade deliberativa dos particulares, sob pena de violar o núcleo essencial de liberdade humana.

Por um lado, busca-se garantir a incidência dos direitos fundamentais na totalidade das relações jurídicas. Por outro, a aplicação irrestrita destes direitos "poderia implicar uma indesejada homogeneização da sociedade, já que a obrigação de respeitá-los de forma absoluta e incondicional aniquilaria a individualidade e a pluralidade" (PEREIRA *apud* MARTINS, 2007, p. 291-292).

Anote-se ainda que, no âmbito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, tem havido concordância em dois pontos: "que os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados como quaisquer indivíduos e que devem ser consideradas ilícitas nas relações privadas as diferenças de tratamento ou as restrições que atinjam a dignidade das pessoas, por um lado; mas que, não pode destruir-se a autonomia pessoal e que a liberdade negocial e geral não pode ser negada por outro lado". (CARVALHO, 2012, p. 639)

Na qualidade de mecanismo condizente com os paradigmas do Estado Democrático de Direito, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganhou destaque no mundo todo, embora não haja consenso sobre sua aplicabilidade.

## 4 PRINCIPAIS TEORIAS

As principais teorias acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais são: *state action*, eficácia mediata, eficácia imediata e deveres de proteção. Obtempere-se, entretanto, que não se trata de uma divisão estanque ou excludente (CAMBI; LIMA, 2010, p. 98).

A doutrina americana do *state action* preconiza que os direitos fundamentais são primariamente mecanismos de defesa contra o Estado ou quem lhe faça às vezes (*public function doctrine*). Assim, os direitos fundamentais apenas produzem seus efeitos nas relações privadas se possível a equiparação de um dos sujeitos ao Estado, caso em que este é conjuntamente responsabilizado.

Nos Estados Unidos prevalece a doutrina do *state action*, ou seja, da ação estatal, segundo a qual os direitos fundamentais são primariamente direitos de defesa contra o Estado, não vinculando entidades privadas. Portanto, somente pode haver violação a direitos fundamentais por meio de uma ação estatal. O rigor desta doutrina vem sendo, todavia, abrandado pela *public function doctrine*. (CARVALHO, 2012, p. 637)

Desta feita, percebe-se que não se trata de eficácia horizontal propriamente dita, mas uma extensão da eficácia vertical dos direitos fundamentais para alcançar sujeitos paraestatais.

Já segundo a teoria da eficácia mediata (ou indireta), na ausência de expressa referência à aplicação ao âmbito privado, as normas constitucionais “servem apenas como referencial normativo para a interpretação e a aplicação das normas infraconstitucionais (...)” (MARTINS, 2007, p. 278). Em outras palavras, deve haver um ato estatal especificador para que o direito fundamental produza seus efeitos.

Nessa teoria, os direitos fundamentais representam uma ordem de valores que deve *irradiar* os seus efeitos sobre as relações entre particulares. Porém, essa relação não se pode dar de uma maneira direta, pois exige uma medida intermediária para que esses direitos atinjam esse tipo de relação. Tal medida concretizadora deve partir, inicialmente, dos legisladores na produção do direito infraconstitucional privado em conformidade com os direitos fundamentais. Em segundo momento, caberia aos julgadores a tarefa de *infiltrar* os direitos fundamentais nas relações privadas, por meio da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos abertos e indeterminados, como boa-fé, moral, bons costumes, etc. (CAMBI; LIMA, 2010, p. 95-96)

A principal crítica a essa corrente diz respeito à submissão dos direitos fundamentais (essenciais segundo a hierarquia axiológica constitucional) aos humores legislativos.

Ora, se o sistema jurídico elegeu a dignidade da pessoa humana como valor central, consubstanciado na tutela dos direitos ínsitos à pessoa, não há de se falar em necessidade de

ratificação infraconstitucional. Neste sentido, deve-se entender que os comandos nucleares da Constituição vinculam o legislador, e não o contrário.

Por sua vez, para a teoria da eficácia imediata (ou direta), a “aplicabilidade dos direitos fundamentais não necessita de pontos de infiltração (...)” (CARVALHO, 2012, p. 638). Ou seja, o particular pode invocar os direitos fundamentais em face de outro sujeito privado, a partir de sua mera previsão constitucional explícita ou implícita.

(...) Juan Maria Bilbao Ubillos, (...) afirma que "(...) defender a tese da eficácia imediata frente a terceiros é afirmar a virtualidade direta, sem mediações concretizadoras dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos reforçados pela garantia constitucional, ante violações procedentes de sujeitos privados". (VALE, 2010, p. 63-64)

Opõe-se a esta vertente o argumento da fragilização da segurança jurídica nas relações negociais, haja vista a impossibilidade de determinação *a priori* da atuação dos direitos fundamentais no caso concreto.

Em verdade, figura uma flexibilidade necessária, responsável por fazer valer os direitos fundamentais nos diversos casos concretos. Assim, percebe-se que a teoria da eficácia imediata aparenta maior consonância com os fins do ordenamento jurídico, pois preza por uma tutela mais efetiva da pessoa. Trata-se da corrente predominante na jurisprudência pátria (MILAGRES, 2011, p. 68).

Por fim, há a corrente alemã dos deveres de proteção. Esta, ao mesmo tempo, assemelha-se e diferencia-se da teoria da eficácia imediata. Por um lado, a referida doutrina não exige medida estatal intermediária para que exista direito fundamental subjetivo. Por outro, a teoria dos deveres de proteção considera que o Estado é o destinatário primário dos direitos fundamentais, que acabam atingindo reflexamente as relações particulares.

A noção chave é a de obrigação estatal. Parte-se da premissa de que os órgãos públicos estão vinculados à concretização dos direitos fundamentais, em suas facetas negativas (proibição de intervenção) e positivas (imperativo de tutela). Desta feita, o Estado possui um duplo dever, de não invadir a esfera privada desmotivadamente e de intervir quando legitimamente necessário.

Na Espanha, assinala Jesus Alfaro Agula-Real que "o problema da vigência social dos direitos fundamentais deve delinear-se a partir da forma em que vinculam os poderes públicos. Os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos como mandados, para que respeitem a esfera de liberdade reconhecida aos cidadãos (proibição de intervenção) e, simultaneamente, como mandados, para que estabeleçam meios de proteção eficazes ante a infração por outros particulares (exigências de proteção)". (VALE, 2010, p. 67-68)

Com efeito, reconhece-se o Estado como responsável primário pela realização dos direitos fundamentais. Não obstante, resta aos indivíduos a obrigação de colaborar e de não obstaculizar a implementação das diretrizes constitucionais, sob pena, inclusive, de invalidade de seus arranjos negociais.

A teoria dos deveres de proteção tem o mérito de conciliar duas facetas da proteção individual. Esta corrente preconiza a abstenção estatal como regra, em respeito à liberdade, mas também valoriza a tutela da pessoa ao impor a necessidade de intervenção estatal na esfera particular nos casos de ameaça aos direitos fundamentais, independentemente de prévia especificação legislativa.

Dessa forma, pode-se concluir que a corrente dos deveres de proteção é a mais adequada em sua abrangência, bem como guarda maior coerência com os vetores atuais do Direito Privado. Por isso, esta será a teoria adotada no desenvolvimento a seguir.

## **5 PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A teoria dos deveres de proteção, bem como a da eficácia imediata, opera sob a premissa de aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito privado. Assim, cumpre analisar, na prática, como ocorre esta incidência direta (MARTINS, 2007, p. 282).

Trata-se de questão que demanda um estudo caso a caso.

No âmbito da problemática de vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõe sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um. (SARLET *apud* MARTINS, 2007, p. 287)

Segundo Samir José Caetano Martins (2007), é possível identificar um rol (sem pretensões exaustivas ou definitivas) de parâmetros para a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Trata-se de cinco análises de gradação no caso concreto, todas com a mesma lógica inversamente proporcional: quanto maior a presença do critério estabelecido, maior será a valorização dos direitos fundamentais em face da autonomia privada.

A um, o grau de existencialismo da relação. Ou seja, quanto maior a pertinência da relação privada no que diz respeito aos atributos essenciais da pessoa, maior a incidência dos direitos fundamentais.



Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais”. (MORAES *apud* MARTINS, 2007, p. 291)

A dois, o grau de essencialidade do bem. Em outras palavras, quanto maior a necessidade humana em relação ao bem jurídico em questão, maior a intervenção dos direitos fundamentais.

A três, o grau de desequilíbrio entre as pessoas. A concepção clássica que sustentava a ficção de igualdade no âmbito particular não mais se impõe. Atualmente, reconhece-se a existência de diversas relações privadas desiguais que merecem proteção especial (como as consumeristas, por exemplo). Com efeito, quanto maior o descompasso socioeconômico e jurídico das partes, maior será a tutela estatal.

O conceito de direitos fundamentais opostos unilateralmente ao poder do Estado proporcionaria, segundo Zippelius, uma garantia incompleta da liberdade individual contra forças sociais e forças econômicas próprias de indivíduos e de associações, evidenciando uma assimetria na relação jurídica privada. Quanto "maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito". (CARVALHO, 2012, p. 637)

A quatro, o grau de publicismo das pessoas. Trata-se do mesmo critério utilizado pela corrente do *state action*, com as devidas adequações teóricas. Nesse diapasão, a valorização do direito fundamental em questão será diretamente proporcional à intensidade dos aspectos públicos da relação.

Quanto mais próxima à esfera privada revelar-se uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada. (PEREIRA *apud* MARTINS, 2007, p. 299)

Por fim, a quinta análise recai sobre o grau de ingerência na esfera jurídica alheia. O ordenamento jurídico comporta diversos negócios jurídicos que estendem seus efeitos a terceiras pessoas, em verdadeiras normatizações particulares (como no caso da convenção condominial). Ora, o particular que sofre a incidência de decisões heterônomas, muitas vezes sem a menor participação no ato, deve ser especialmente protegido pela incidência horizontal dos direitos fundamentais.

Quando o atingido não participa do ato gerador da lesão ao seu direito fundamental, está em jogo apenas a autonomia privada de outra parte da relação jurídica. Neste caso, o peso atribuído à autonomia privada é menor. (SARMENTO *apud* MARTINS, 2007, p. 299)

Em suma, as peculiaridades da relação privada em questão informarão a força de incidência direta dos direitos fundamentais. Na feliz síntese de Claus-Wilhelm Canaris:

(...) quanto maior o nível do direito fundamental afectado, quanto mais severa a intervenção que se ameaça, quanto mais intenso o perigo, quanto menores as possibilidades do seu titular para uma eficiente auto-proteção, e quanto menor o peso dos direitos fundamentais e interesses contrapostos, tanto mais será de reconhecer um dever jurídico constitucional de protecção. (CANARIS, 2006, p. 114)

## **6 APLICABILIDADE NA CONVENÇÃO CONDOMINIAL**

A convenção condominial consubstancia poder negocial-jurígeno dos condôminos (REALE, 2009, p. 179), de regular a convivência no condomínio edilício conforme seus interesses. Entretanto, este instrumento só se justifica enquanto legítimo meio de viabilização e aperfeiçoamento do dia-a-dia condominial, até porque o ordenamento positivo já prevê uma tutela genérica dos direitos de vizinhança.

Destarte, forçoso reconhecer que a autonomia privada neste caso não é absoluta, mas se sujeita às limitações de ordem pública (LOPES, 2001, p. 433). Em outras palavras, o silêncio legislativo somado à prerrogativa particular de autorregulação não garante um “cheque em branco”.

Quando, portanto o Estado deixa um cidadão actuar sem regulamentação em face do outro, não pode ver-se aí, em regra, a concessão de uma autorização para uma ofensa na esfera de bens do outro – que, além disto, também teria ainda de poder considerar-se como objeto de uma previsão de tutela jurídica - , mas simplesmente, e tão-só, a omissão de uma intromissão. (CANARIS, 2006, p. 61)

Nesse contexto, dentre as limitações à criatividade particular na convenção condominial, destaca-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sejam estes explícitos ou implícitos.

A incidência dos direitos fundamentais garante que esta convenção intragrupal (MATA-MACHADO, 2005, p. 27) não prejudicará os valores basilares estampados democraticamente na Constituição.

Segundo a teoria dos deveres de proteção, uma vez reconhecida a eficácia reflexa dos direitos fundamentais no âmbito privado, o Estado estará incumbido de evitar de invalidez qualquer cláusula negocial incompatível com o sistema jurídico (imperativo de tutela).

O objetivo principal da função de imperativo de tutela no âmbito das relações entre particulares é, por conseguinte, o de proteger os bens jurídicos-fundamentais perante

intervenções fáticas por parte de outros sujeitos de direito privado, e de assegurar a sua efectiva capacidade funcional. (CANARIS, 2006, p. 107)

Na prática, observa-se uma miríade de regras abusivas nos condomínios edilícios. A título de exemplo: a proibição do estabelecimento de casais com filhos pequenos fere o direito à igualdade; a vedação à residência de núcleos familiares não tradicionais afronta o direito à família; a fixação de horário máximo para entrada lesa o direito à liberdade; e a restrição absoluta à realização de obras vai de encontro ao direito à propriedade.

Contudo, não se trata de uma aferição simples, pois a dinâmica das relações condominiais abrange complexos e variados conflitos de interesse. Assim, faz-se necessária uma verificação tópico-sistemática com vistas a identificar e afastar da convenção os injustos avanços da autonomia privada sobre os direitos fundamentais. A polêmica questão da permanência de animais domésticos nas unidades residenciais ilustra com clareza este problema.

Animal doméstico - A manutenção de animal doméstico em apartamento só é vedada quando nocivo ou perigoso ao sossego, salubridade e à segurança dos condôminos (TJSP, JTJ 167/32). (LOUREIRO FILHO, 1998, p. 12)

Regimento interno - Manutenção de animal em unidade autônoma. Proibição não absoluta. Características da raça levada em consideração. Comportamento agressivo com estranhos e cujo caráter é o de latir muito. Risco à comunidade. Multa, no entanto, reduzida. Recurso provido para esse fim (STJ 188/31). (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 723)

No caso da convenção condominial, este estudo casuístico apresenta peculiaridades que afetarão diretamente a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso porque a referida análise será especialmente influenciada pelas características jurídicas da convenção, bem como pela realidade social do condomínio edilício. É o que se pode constatar a partir da utilização dos parâmetros elaborados por Samir José Caetano Martins (2007).

Primeiramente, percebe-se a influência que as relações condominiais exercem sobre importantes valores extrapatrimoniais. No condomínio residencial, por exemplo, figura a moradia e a família, enquanto no comercial há a livre iniciativa e o trabalho. Daí a constatação de que existe um relevante grau de existencialismo e essencialidade neste contexto, que deverá ser considerado pelo operador do Direito.

Também se vislumbra elevada caracterização no que diz respeito ao grau de desequilíbrio entre as partes. O indivíduo submetido à convenção condominial encontra-se faticamente desfavorecido em face do condomínio edilício, ente coletivo de considerável

aporte socioeconômico. Neste caso, portanto, deve-se resguardar os interesses da parte hipossuficiente.

Para evitar que se instale entre os particulares uma relação de dominação, é necessário que os direitos fundamentais sejam aplicados diretamente às relações jurídicas privadas, de modo a neutralizar (ou, ao menos, atenuar) os efeitos práticos da assimetria existentes entre os particulares e assegurar, o quanto possível, que a relação jurídica se desenvolva de forma semelhante à que se daria entre pessoas livres e iguais. (MARTINS, 2007, p. 297-298)

Em relação ao grau de publicismo da relação, verifica-se uma proximidade com a esfera pública que enseja um tratamento diferenciado. Isso porque o condomínio edilício: possui natureza coletiva por excelência; é capaz de impor suas vontades *erga omnes* mediante a convenção condominial; relaciona-se intimamente com a política urbana/habitacional/comercial dos municípios; e tem papel importante na segregação ou inserção social dos habitantes.

No condomínio em edifício, tem-se uma autêntica zona de interseção entre o plano individual e o plano coletivo da cidade. A constatação disso salta aos olhos na primeira - e mais importante - deliberação da assembleia de condôminos, que é a aprovação da convenção de condomínio, ato-regra que traça as normas básicas de convivência naquele microcosmo social. (MARTINS, 2007, p. 301)

Por último, e mais evidentemente, percebe-se o alto grau de ingerência na esfera jurídica alheia. A natureza estatutária da convenção garante sua imposição a qualquer pessoa inserida no contexto condominial, independentemente de adesão. Trata-se de verdadeira “legislação” privada, vez que a convenção de condomínio registrada no Cartório de Imóveis reveste-se de eficácia irradiante. Logo, a heteronomia deste negócio jurídico deverá balizar sua interpretação jurídica.

A proteção aos direitos fundamentais tenderá a ser mais ostensiva nas hipóteses em que há uma decisão heterônoma sobre a situação jurídica do particular, ou seja, quando a situação jurídica do particular não foi formada com o seu concurso direto e específico (como, por exemplo, na punição por falta disciplinar do empregado). (MARTINS, 2007, p. 299)

Analisados os parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais no caso da convenção condominial, resta claro que não há lugar para o tratamento dispensado aos negócios jurídicos ordinários, em que o cunho é essencialmente patrimonial e as partes encontram-se livres e equiparadas.

Em verdade, as especificidades da convenção condominial exigem uma incidência mais enfática dos direitos fundamentais. Assim, na análise de validade de uma cláusula

duvidosa, justifica-se uma maior sensibilidade na ponderação com a autonomia privada dos condôminos instituidores.

No que tange à teoria dos deveres de proteção, pode-se dizer que o imperativo de tutela estatal deve figurar com mais intensidade neste caso específico, excepcionando a regra de abstenção em prol dos direitos fundamentais envolvidos.

Os direitos individuais podem e devem ser aplicados diretamente, por exemplo, à interpretação de cláusulas contratuais ou de outras declarações de vontade, de sentido duvidoso, independentemente da invocação de qualquer conceito jurídico indeterminado formulado pelo legislador privado. Podem e devem ser usados também como pautas exegéticas, ou, em casos patológicos, como limites externos para a regulação jurídica emanada de fontes não estatais de Direito (estatuto da associação de moradores ou do clube, convenção do condomínio, regulamento interno da escola privada etc.). (MARTINS, 2007, p. 281)

Por fim, obtemperem-se que não há uma prevalência automática dos direitos fundamentais em detrimento da autonomia privada na convenção condominial. Isso porque a conformação dos parâmetros de aplicabilidade da eficácia horizontal perfaz atividade tópicosistemática, pautada pelo respeito ao mínimo essencial de liberdade privada.

Cabe o esclarecimento de que a incidência dos direitos fundamentais em relações jurídicas privadas assimétricas não significa que necessariamente o particular mais fraco deve ter acesso incondicional ao bem jurídico, tendo em vista que "os particulares detentores de poderes sociais são também titulares de direitos fundamentais, e sua autonomia privada não deixa de ser protegida constitucionalmente". (SARMENTO *apud* MARTINS, 2007, p. 298)

## 7 CONCLUSÃO

Após o registro no Cartório de Imóveis, a convenção obriga qualquer pessoa inserida no âmbito condominial, dado o seu caráter normativo. Esta heteronomia, excepcional na área privada, chama atenção à questão da legitimidade e limites do instrumento normativo. Nesse contexto, destaca-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais como limitação à autonomia privada dos condôminos instituidores.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais relaciona-se intimamente com o neoconstitucionalismo e os novos paradigmas do Direito Privado no Estado Democrático de Direito. Trata-se de desenvolvimento teórico embasado na valorização da Constituição, no reconhecimento do dever promocional do Estado e na constatação da necessidade de tutela das relações privadas.

Destarte, desenvolveram-se algumas teorias sobre a oponibilidade dos direitos fundamentais entre particulares. A corrente do *state action* permite a aplicação nos casos em

que uma parte equipara-se ao Estado em sua atividade. Já a doutrina da eficácia mediata exige um ato estatal intermediário e especificador, contrapondo-se à da eficácia imediata, para a qual basta a previsão explícita ou implícita do direito fundamental no ordenamento.

Não obstante o valor destes entendimentos, a teoria mais adequada aos paradigmas jurídicos atuais é a dos deveres de proteção. Esta corrente preconiza que a tutela dos direitos fundamentais (mediante ação ou omissão) é tarefa primordial do Estado, mas que atinge reflexa e diretamente os particulares, pois obrigados à sua observância nas relações privadas.

Dessa forma, emerge o problema do *modus operandi* da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, para o qual a doutrina sugere a utilização de certos parâmetros tópico-sistemáticos. Segundo Samir José Cateno Martins (2007), deve-se perquirir no caso concreto: o existencialismo da relação; a essencialidade do bem; o desequilíbrio entre as partes; o caráter público da relação; e o nível de ingerência na esfera jurídica alheia.

No que diz respeito à relação privada da convenção condominial, faz-se necessária uma detida análise, vez que o âmbito jurídico do condomínio edilício tangencia diversos direitos fundamentais, frequentemente ameaçados por cláusulas estatutárias abusivas.

A prerrogativa de autorregulação dos condôminos não é absoluta, e só se legitima na medida em que orientada à boa convivência condominial. Com efeito, serão inválidas quaisquer restrições injustificadas aos direitos fundamentais dos indivíduos sujeitos à convenção.

Ademais, a partir das características jurídico-sociais específicas da convenção de condomínio edilício, percebe-se que incidência horizontal dos direitos fundamentais deve ser diferenciada neste caso.

A relação jurídica regida pela convenção condominial envolve valores existenciais, bens essenciais, descompasso entre as partes, aspectos de natureza pública e principalmente heteronomia. Logo, seria inadequado o tratamento dispensado aos negócios jurídicos ordinários, nos quais impera o caráter patrimonial, a relatividade dos efeitos e a igualdade dos sujeitos. Pelo contrário, neste caso, deve-se enfatizar os direitos fundamentais em detrimento da autonomia privada.

Não se trata, contudo, de fazer *tabula rasa* da liberdade dos condôminos instituidores, mas tão somente de um cuidado especial a ser tomado pelo intérprete em respeito às peculiaridades da convenção condominial.

Por fim, o raciocínio em comento coaduna-se com a teoria dos deveres de proteção, segundo a qual o Estado deve abster-se da esfera particular como regra (permitindo a

normatização privada), mas intervir enquanto necessário à proteção de direitos fundamentais (rechaçando as cláusulas abusivas).

## **THE HORIZONTAL EFFICACY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONDOMINIUM CONVENTION**

### **ABSTRACT**

The Convention regulates the coexistence in the condominium, according to the interests of the unit owners. It is a normative act that produces *erga omnes* effects upon registration. This atypical nature entails reflections regarding the individual restrictions established in clauses. In this sense, the impact of fundamental rights stands out as a mechanism able to prevent that the common abusive terms outrage core values of the legal system. Resulting from neoconstitutionalism, the horizontal efficacy of fundamental rights contributes to the adequacy of Private Law to the paradigms of the Democratic State. In this context, the theory of security duties excels, according to which fundamental rights are addressed primarily to the State, although they reach reflexively and directly the private sphere. In order to delimit the horizontal application of fundamental rights, the doctrine elaborated parameters of topical analysis. In the case of condominium Convention, the conformation of these criteria reveals the need for a greater valuation of fundamental rights over the private autonomy. Thus, in conflicts of interest, attention should be paid to the legal and social aspects of this private relationship.

Key-words: Condominium convention. Horizontal efficacy of fundamental rights. Condominium.

### **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 1964. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 30 jul. 2014.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Jairo Néia. **Direito fundamental à inclusão social**: (e sua eficácia nas relações entre particulares). Revista de Direito Privado, ano 11/ n. 44, p. 77–105, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Reais. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

GOMES, Orlando. **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

HESPANHA, António Manuel. **O Caleidoscópio do Direito**: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito civil**: Direito das Coisas. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. 6 v.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito civil**: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. 1 v.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Condomínio**: A Lei nos tribunais. 1. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MARTINS, Samir José Caetano. **Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas**: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. Revista de Direito Privado, ano 8/ n. 30, p. 265–304, 2007.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. **Elementos de teoria geral do direito**: Introdução ao direito. Belo Horizonte: Líder, 2005.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Parte Especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. 12 t.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. 3 t.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**: Direitos Reais. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. 4 v.



\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil:** Introdução ao Direito Civil Teoria Geral de Direito Civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 1 v.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** Volume único. São Paulo: Método, 2011.

VALE, Ionilton Pereira do. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais:** a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado. Revista de Direito Privado, ano 11/ n. 44, p. 58–76, 2010.