

trapostos não são iguais, e na verdade não são, os chamados privilégios da Fazenda Pública não constituem quebras ao princípio da igualdade.

Não vejo quebra no princípio da igualdade, por exemplo, no prazo privilegiado para defesa, e não vejo porque há que se dar, a este ente extremamente complexo, a possibilidade de responder adequadamente pelo que faz, pelo que fez; porque ele arrasta, no que faz e no que fez o interesse da coletividade, e não só o do responsável direto pelo ato público.

Isso não implica a negação de outras regras que a Constituição mesmo, indistintamente, endereçou a todos os entes, inclusive o Estado.

Quando a Constituição afirma que não se admitirá o juiz de exceção, ela cria um preceito que iguala o Estado e o particular; quando ela afirma a ampla possibilidade de defesa, e portanto consagra o princípio do contraditório, ela obriga para Estado e particular; quando ela obriga que as manifestações de inconformidade, as manifestações recursais do Estado venham fundamentadas, ela está aplicando o princípio da igualdade; quando dá publicidade a todos os atos processuais, não reserva de segredo os atos praticados pelo Estado, está a Constituição determinando, também, um tratamento igualitário. Em todos esses casos, a igualdade real e a igualdade ideal se confundem, porque a observância desses comandos não impede a realização dos fins desse ente, denominado Estado.

A busca do equilíbrio, do equilíbrio filosófico, é a razão de ser do princípio de igualdade. O conteúdo jurídico do princípio de igualdade é exatamente lançado na admissibilidade de fatos discriminatórios que sejam lógicos e coerentes, para a realização dos fins das normas jurídicas; os privilégios da Fazenda Pública constituem reconhecimento à existência de diversidades tão profundas, nesse ente, que, na verdade, não está em jogo a idéia de igualdade. Naquilo em que os fins últimos, dos seres envolvidos na relação jurídica, não requerem instrumento particular de viabilização jurídica, o tratamento paritário se impõe, como nos últimos exemplos, há pouco citados.

Adverta-se, por derradeiro, que este tema ficou tão apenas aflorado, nas suas linhas fundamentais. Trata-se, sem sombra de dúvida, do tema mais inquietante e mais rico de todo o processo constitucional. Ele lança luzes definitivas sobre todo um arcabouço jurídico, sobre toda uma sistematização política; conseqüentemente, ele é a pedra de toque que define se estamos, ou não, num ambiente jurídico-político digno de ser vivido.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

PODER JUDICIÁRIO

Supremo Tribunal Federal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 100.352-9-RJ

PRIMEIRA TURMA

Relator : O Sr. Ministro Néri da Silveira
Recorrentes : José Resende de Castro Monteiro e sua mulher
Recorridos : João Stepansky e outra

Ação demolitória. Condomínio. *Obras feitas por um dos condôminos, em apartamento localizado no último pavimento (14.º), transformando a unidade, com o acréscimo, num tipo duplex, após ter obtido autorização para levantar o nível do telhado, a fim de possuir "um campo visual mais amplo, por baixo" e efetuar reparos no teto para evitar infiltrações. A obra não transformou o telhado do edifício, coisa de uso comum, em coisa de utilização exclusiva do condômino. Não resultou, outrossim, da obra, modificação na fachada do edifício, nem decorreu qualquer embaraço ou incômodo aos demais condôminos, quanto ao uso das partes comuns do edifício. Acórdão que considerou esses fatos e, também, não resultar da demolição da obra benefício a quem quer que seja, concluindo no sentido de recusar a demolitória, assegurando, porém, aos condôminos indenização "pelo equivalente ao acréscimo do valor da sua fração ideal, do terreno, em decorrência da construção". Lei n.º 4.591, de 16-12-1964, arts. 3.º, 10, incisos I e IV, e 19; Código de Processo Civil, art. 127. Não se configurou negativa de vigência a esses dispositivos legais. Não prequestionamento das demais normas tidas como vulneradas, incidindo as Súmulas 282 e 356. Recurso extraordinário não conhecido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

da ata de julgamentos e notas taquigráficas, não conhecer do recurso extraordinário, vencidos os ministros OSCAR CORRÊA e RAFAEL MAYER.

Brasília, 8 de junho de 1984.

Soares Muñoz
Presidente

Néri da Silveira
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (Relator): — Ao admitir o presente recurso extraordinário, interposto por José Resende de Castro Monteiro e sua mulher, o Ilustre Desembargador JOSÉ CYRÍACO DA COSTA E SILVA, 3.º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim sintetizou a controvérsia (fls. 356/358):

“Em ação ordinária, os ora recorrentes e outros pleitearam contra os recorridos, todos condôminos e titulares de unidade autônoma, a demolição do acréscimo tipo cobertura que estes fizeram no edifício. O pedido foi julgado improcedente (fls. 249/52), sendo a sentença confirmada pela Egrégia Quarta Câmara Cível, por maioria de votos, em acórdão assim ementado:

“EMENTA: — Ação ordinária demolitória de unidade condominial. Obras não clandestinas e que, nem tampouco, modificaram a fachada do prédio ou causaram prejuízos aos condôminos. Confirmação da sentença.”

Os recorrentes interpuseram embargos infringentes (fls. 296/308), recebidos em parte pelo Colendo Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, que sintetizou seu entendimento em acórdão assim ementado:

*“EMENTA: — Na aplicação da lei há de conduzir-se o Juiz, seu intérprete, muitas vezes, como verdadeiro ministro da equidade, seja na esfera singular ou colegiada, pois, do contrário, incidiria na velha parêmia de TERÊNCIO, segundo a qual *ius summum saepe summasta malitia*. Destarte, em ação ordinária, envolvendo preceito consistente na demolição ou destruição de apartamento de cobertura,*

cuja construção se considerou clandestina, aliás discutível, ainda que se reconheça ter sido irregular tal construção, justo nem equânime seria a demolição, pura e simples, em que apenas um dos muitos condôminos insiste, sem embargo de não causar qualquer prejuízo, destarte, providos, em parte, os embargos, para o fim de compelir-se o embargado a indenizar os demais condôminos pelo equivalente ao acréscimo do valor da sua fração ideal, do terreno, em decorrência da construção; decisão por maioria.”

Inconformados, os autores embargantes manifestam recurso extraordinário (fls. 333/47), com fundamento nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, alegando, além do dissídio pretoriano, violação dos arts. 6.º e 153, § 22, da Constituição Federal, 3.º da Lei n.º 4.591/64, 127 do Código de Processo Civil e 628 do Código Civil.

Não se trata de hipótese de falta de prequestionamento, porque a matéria agitada no recurso decorre de fundamentação nova que trouxe a decisão recorrida, não agitada em qualquer outro *decisum*.

Se a Lei n.º 4.591/64 veda a utilização pelo condômino do que constitui parte comum do edifício, e se a decisão recorrida manda que o beneficiado indenize aos demais condôminos o proveito que tanto lhe trouxe, diversamente do que foi objeto do pedido, há possibilidade de violação da lei federal (arts. 3.º da Lei n.º 4.591/64, 628 do Código Civil e 127 do Código de Processo Civil).

A matéria constitucional pode servir de pressuposto para este exame.

O dissídio pretoriano está razoavelmente caracterizado, pelo que merece seguimento o recurso também por este fundamento.

Razões dos recorrentes, às fls. 360/380, apresentando os recorridos as contra-razões de fls. 409/416.

Opinou a douta Procuradoria Geral da República, às fls. 426/429, pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (Relator): — Aforouse a demanda com o objetivo de os réus demolirem obra feita “sobre propriedade comum”, com fundamento nos arts. 3.º, 10, I e IV, § 1.º, e 19, da Lei n.º 4.591, de 16-12-64; nos arts. 488, 627, 628 e 634, do CCB; nos arts. 282 e ss., 287, 644 e 645, do CPC. Autores e réus são

condôminos no Edifício Briggs, à Rua Barão da Torre, 527, Rio de Janeiro. Alegaram os AA., na inicial, que os RR., ora recorridos, aposaram-se de área comum do Condomínio — o telhado — “destruindo-a para dar lugar a bela e privativa cobertura” (sic) (fls. 3).

A sentença deu pela improcedência da ação, com esta motivação (fls. 250/252):

“O CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO BRIGGS (fls. 161) não aceitou a convocação litisconsorcial, discordando do despacho de fls. 141.

A questão sempre foi delicada, no trato doutrinário, ensejando vasto número de posições discordantes. A matéria versada nestes autos, no que concerne à relação jurídica, situa-se num plano de difícil definição, quanto à natureza do litisconsórcio. Se persiste a dúvida, deve-se entendê-lo como voluntário.

Conseqüentemente, acolho a preliminar de exclusão (fls. 161).

Homologadas as desistências, perseveraram no pólo ativo apenas JOSÉ RESENDE DE CASTRO MONTEIRO e sua esposa MIRIAM PIRES FERREIRA DE CASTRO MONTEIRO. Assim, num total de 28 apartamentos (folhas 31 — III), somente os titulares de uma unidade (apto. 302) assumem o radical propósito demolitório. Dado ponderável, tendo em vista os superiores interesses da harmonia comunitária.

Idiosincrasia que se reflete na linguagem contundente da inicial, verberada pelos R.R. e que destoia do brilhantismo com que foi elaborada.

Releva notar que a prova colhida, inclusive os subsídios periciais, fulmina o fundamento fático da pretensão dos A.A.

As obras não foram clandestinas, não modificaram a fachada, nem causaram incômodos ou prejuízos aos condôminos. Muito menos aos A.A., pois dez pavimentos separam as unidades dos litigantes.

Nem é omisso o Síndico, que se limita a acatar as reiteradas decisões conciliatórias das Assembléias Gerais (fls. 49, 51, 54, 56, 92, 94, 97 e 99).

As ilegalidades ou irregularidades apontadas na área administrativa, resumem-se, em última análise, à falta da concordância unânime. De resto, não é este Juízo competente para dirimi-las.

Data venia, não melhora a posição dos A.A. o Venerando Acórdão de fls. 59. O respeitável aresto não se ajusta ao caso. Ali, a área comum era destinada à aeração e insolação. Aqui, não se trata de área que possibilite uso comum. É algo da parte comum (telhado) cuja função não foi excluída, antes, reforçada pelas obras.

Princípio norteador para solução de controvérsias que se estabelecem no âmbito da Lei n.º 4.591 é, ainda, o da lesão de direito. Repele-se o ato lesivo, resguardando-se o interesse coletivo.

Se do ato não resultam dano, incômodo ou violência às normas da boa vizinhança (arts. 10, III, 19), foi preservado o princípio legal. Máxime quando se manifesta o consenso dos condôminos, inerente a esta relação jurídica plurissubjetiva.

Finalmente, é oportuno lembrar que as benfeitorias (acréscimos) realizadas pelos A.A. jamais excluirão a titularidade do Condomínio sobre a parte comum — o telhado.

As obras não eliminaram ou restringiram a parte comum. O telhado continua a existir, em essência, posto que mais elevado. Como a laje em que se assenta o apto. 1.401, como as paredes externas da unidade, o telhado que a cobre não perdeu a sua natureza de parte comum.”

A Quarta Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, manteve a decisão de primeiro grau (fls. 294/295). Afirmou-se, no acórdão, que ficara demonstrado que as obras não foram clandestinas, não modificaram a fachada do prédio, nem causaram incômodos ou prejuízos aos condôminos, registrando: “Acresce que a área na qual os R.R. fizeram construir uma unidade, afastada do nível da via pública, daí por que incólume ficou a fachada do prédio, é algo de parte comum, o telhado do edifício, agora reforçado pelas obras que se quer demolir”. Asseverou-se, ainda, no aresto (fls. 295): “Não houve, no caso, ato lesivo aos condôminos, nem incomodaticio aos condôminos. As normas da boa vizinhança foram observadas. O laudo pericial de fls. 211/244 esclarece perfeitamente a controvérsia e não é desfavorável aos R.R., contrariamente fala a seu favor. Irrepreensível, é assim, *data venia*, a decisão recorrida que, por isso mesmo, não merece reforma”.

O voto vencido, na Câmara Julgadora, invocou o art. 3.º, da Lei n.º 4.591/1964, condenando os réus “a demolirem a obra, de modo a restabelecer-se o estado anterior no prazo de noventa dias a partir do trânsito em julgado” da decisão. Fê-lo, sustentando (fls. 296): “A obra contravém à lei, violando direitos reais dos condôminos,

dentre os quais os apelantes. Nota-se que qualquer alteração dessa natureza estaria a exigir sua formalização em conformidade com o disposto no art. 131, n.º II, do Código Civil, concorde a unanimidade dos condôminos, cônjuges inclusive, e só valendo *erga omnes* após registro no Registro de Imóveis. Com efeito, o art. 3.º, da Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, é expresso e peremptório na condução ao entendimento acima exposto”.

No julgamento dos embargos infringentes interpostos pelos autores, ora recorrentes, consubstanciou-se o entendimento do Terceiro Grupo, de Câmaras Cíveis, no aresto, ora recorrido, com a seguinte ementa (fls. 329):

“Na aplicação da lei há de conduzir-se o Juiz, seu intérprete, muitas vezes, como verdadeiro ministro da equidade, seja na esfera singular ou colegiada, pois, do contrário incidiria na velha parêmia de TERÊNCIO, segundo a qual *ius summum saepe summasta malitia*. Destarte, em ação ordinária, envolvendo preceito consistente na demolição ou destruição de apartamento de cobertura, cuja construção se considerou clandestina, aliás discutível, ainda que se reconheça ter sido irregular tal construção, justo nem equânime seria a demolição, pura e simples, em que apenas um dos muitos condôminos insiste, sem embargo de não causar qualquer prejuízo, destarte, providos, em parte, os embargos, para o fim de compelir-se o embargado a indenizar os demais condôminos pelo equivalente ao acréscimo do valor da sua fração ideal, do terreno, em decorrência da construção; decisão por maioria.”

Quanto aos fatos, assim os entendeu o acórdão, às fls. 330:

“Percebe-se do v. acórdão embargado, de sua douda maioria, que inspiraram a orientação seguida dois aspectos: 1.º — não terem sido clandestinas as obras; 2.º — não haver ato lesivo, nem incomodaticio, nem infração à lei. Já assim não entende o doudo voto divergente. Clandestinidadade, em realidade, houve, pois tudo indica que o Síndico, tendo conhecimento de obras de grandes vultos, fez vista grossa de tudo quanto se realizava, mas a grande maioria dos condôminos ignorava. De mais a mais houve infração ensejando até multa do poder público.

O pavimento 14.º tem dois apartamentos — 1.401 e 1.403. Como se vê de fls. 44 e 90, o embargado, em carta de 2 de julho de 1975, pediu autorização para levantar o telhado, de seu apartamento n.º 1.401, com duas finalidades: a) obter um campo visual mais amplo, por baixo; b) evitar

uma infiltração com facilidade (textual). A autorização foi concedida. Que se fez? Nada mais do que um novo apartamento, resultando um *duplex*, com cinco (5) peças; 1) salão — piso em arenito Baependi, forro de placas de gesso e esquadrias de madeira; 2) banheiro — piso em cerâmica vitrificada; 3) *suite* — piso em tacos, teto em placas de gesso. O banheiro da *suite* com o piso em cerâmica, paredes com azulejos estampados até o teto; 4) piso em tacos; 5) *kitchenette* — paredes com azulejos decorados até o teto e piso em cerâmica. Tudo com muito bom gosto, muita harmonia de conjunto, ambiente convidativo, primoroso acabamento, decoração caprichosa e de bom gosto.

É o que está no laudo de fls. 211/213. É o que pode verificar o Relator, em sua inspeção, com mais pessoas presentes e indicados no auto de fls. 323. A altura do que se construiu acima do telhado primitivo, conforme foi medido pelo Relator, auxiliado por técnico, chegou a mais de três metros (3,20m num setor). Tudo muito bem cuidado; esmerado acabamento, como se disse, até mesmo em pequena área externa, do lado da Rua Barão da Torre, decoração das mais caprichosas.”

E, a seguir, acrescenta o julgado (folhas 331/332):

“A lei é somente um trabalho preparatório, um instrumento visando a atuação da ordem jurídica, como bem sintetizou o Eminentíssimo OSKAR BÜLOW (*Gesetz und Richteramt*, p. 45, ed. de 1885). E não se pode dizer que justa seria a aplicação da lei, em seu estrito sentido, desprezando-se o seu escopo, para satisfazer, apenas, ao capricho de um dentre muitos condôminos, destruindo-se um apartamento, unicamente satisfazendo-se a uma forma de capricho ou emulação. De certo modo implicaria numa consagração ao famoso personagem que nos deixou o gênio oracular de WILLIAM SHAKESPEARE, traduzido em *The Merchant of Venice*. Isso não recomendaria a finalidade do Direito, que, como se sabe, exigir sanção, mas, por outro lado, tem como fim a paz, o equilíbrio, o justo, o equânime. Há um comportamento suscetível de reparo, de ressarcimento, mas não seria adequado usar o poder atuante da Justiça, em sua feição prática, destruindo algo que não deve ser destruído, sem que resulte da demolição benefício ou vantagem para quem quer que seja. Implicaria numa solução drástica e sem alcance. Se houve certa

parcela de lucro, para o embargante, que se componha o conflito mediante indenização, aliás, já preconizada no voto anterior, ora reformulado, depois de entendimento entre todos os presentes, até mesmo entre aqueles que não constituíam a turma julgadora, quando se teve ensejo de afirmar que "nada impede que as partes possam chegar à composição satisfatória para ambos os lados, tudo dependendo, é óbvio, de certa dose de boa vontade, evento que contentaria até mesmo a Justiça, a quem muito dói ver demolido um apartamento construído e decorado com bom gosto e carinho como o objeto da inspeção e que teve o Relator ensejo de inspecionar minuciosamente, lamentando sinceramente solução radical que bem poderia evitar-se quando houvesse, como se disse, espírito de compreensão e conformismo no sentido de perder-se pouco para ganhar muito". Não houve esse espírito de compreensão. Não houve acordo, mas a tal omissão se superpõe à Justiça e impõe a força de sua atuação, decidindo como ora decide, certa de que não faltará desta vez, como jamais faltou ou terá de faltar, ao sagrado *munus* de que é investida na sua indeclinável e sagrada missão social."

Não se prequestionaram, entretanto, no acórdão, nem em embargos de declaração, os dispositivos constitucionais tidos, pelos recorrentes, como vulnerados (Lei Maior, art. 153, § 22, e 6.º). Incidem, quanto a eles, assim, as Súmulas 282 e 356.

O pedido dos condôminos autores foi de demolição da obra feita pelos réus, como referi inicialmente. A douta Procuradoria Geral da República invoca, no parecer, o art. 325, V, letra c, do RISTF, entendendo tratar-se de nulidade de obra nova. A meu ver, entretanto, a pretensão demolitória, deduzida na inicial, já afirma a existência de obra concluída, alegando, tão só, tratar-se de obra feita sem consentimento dos condôminos e com desrespeito à lei municipal. A ação prevista no art. 934, II, do CPC, pressupõe obra nova, não terminada ou em fase final de construção. Esse não foi o fundamento legal do pedido.

Afasto, assim, na espécie, a invocação do veto regimental.

Reconheceu, na espécie, o acórdão, nos embargos infringentes, que ocorreu obra nova, na medida em que um dos condôminos, ao invés de realizar apenas reparos contra infiltração no *teto* do edifício, *coisa comum*, valeu-se do ensejo para transformar seu apartamento em *duplex*. Não houve, é certo, a tanto, consentimento dos outros condôminos. É exato, porém, que o acórdão reconheceu que da de-

molição não resultará "benefício ou vantagem para quem quer que seja", destacando que, "se houve certa parcela de lucro para o embargante, que se componha o conflito mediante indenização".

Não se discutiu a controvérsia, de outra parte, no acórdão ora recorrido, à luz do art. 628, do CCB, sequer ventilado no aresto. Aplicam-se, também, na espécie, as Súmulas 282 e 356.

Quanto ao art. 127, do CPC, segundo o qual o Juiz só decidirá por equidade, nos casos previstos em lei, não cabe tê-lo como vulnerado na espécie. Em realidade, o acórdão, — inobstante admitisse, como o aresto então embargado, que a obra não foi lesiva aos demais condôminos, nem lhes trouxe incômodos, nem modificou a fachada do prédio, — teve presente, apenas, que não se poderia deixar de considerá-la clandestina, mesmo porque sofreram os réus sanção pecuniária da Municipalidade. É exato, na ementa, o acórdão explicitou, quanto à clandestinidade da obra, para afirmar ser isso "aliás discutível" (*sic*) (fls. 329). Não se modificou, no particular, a expressão do acórdão embargado, outrossim, no sentido de não haver a obra tornado o telhado do edifício coisa de utilização exclusiva dos condôminos recorridos. Não vejo, ademais, decisão em contrariedade ao art. 3.º, da Lei n.º 4.591/1964. A obra não retirou o caráter de coisa de uso comum do telhado, nem criou embaraço aos demais condôminos, quanto ao uso das partes comuns do edifício. Tanto é procedente isso que os demais condôminos, como ressaltou o aresto, não se sentiram prejudicados. O Condomínio foi excluído da relação processual e alguns condôminos, que aforaram o feito, dele desistiram, no curso da demanda. Os arts. 10, incisos I e IV, e 19, da Lei n.º 4.591/64, também, não se podem ter, assim, como ofendidos pelo julgado. Ora, a decisão, tal como tomada, não negou, dessa maneira, vigência ao artigo 127, do CPC. Pretendeu, ao contrário, participassem os outros condôminos do benefício, que a obra feita pelos réus, a estes trouxe. Não recorreram os então embargados. Se, como reconheceram as decisões das instâncias ordinárias, a obra não causou prejuízo aos demais condôminos, nem incômodos, nem modificou a fachada do edifício, nem houve qualquer restrição quanto à utilidade comum do telhado, de referência ao edifício, a sanção indenizatória imposta pelo aresto impugnado atendeu ao fato de se haverem os recorridos beneficiado com a construção de obra, sem o consentimento dos demais. Não cabe, em recurso extraordinário, de outra parte, reexaminar fatos e provas, de acordo com a Súmula 279, com vistas à eventual conclusão diversa. Se a indenização prevista no acórdão a ser paga pelos recorridos é suficiente, ou não, constitui *quaestio facti*, insuscetível de reapreciação (Súmula 279), mesmo porque não explicitamente objeto de discussão, em seu *quantum*.

Não sendo, pois, de admitir o recurso extraordinário, pela letra *a*, do permissivo constitucional, não merece também conhecido pela letra *d*, do inciso III, do art. 119, da Lei Maior, eis que os acórdãos indicados como paradigmas não atendem à Súmula 291 e ao art. 322, do RISTF, não demonstrada a identidade ou semelhança das hipóteses em confronto. O acórdão no RE n.º 82.496 (fls. 404) teve em conta o prejuízo que a obra feita pelo condômino causou ao condomínio, porque a área de uso comum de que se apossara o condômino réu era destinada à aeração e à insolação. Na espécie, o telhado continuou a ser coisa comum do edifício e não de uso exclusivo dos condôminos réus, consoante reconheceu o acórdão.

Do exposto, não conheço do recurso extraordinário.

EXTRATO DE ATA

19 — RE 100.352-9 — RJ

Rel.: Ministro Néri da Silveira. Rectes.: José Resende de Castro Monteiro e sua mulher (Advs.: Hélio Bello Cavalcanti e outros). Recdos.: João Stepansky e outra (Advs.: Celso Ferreira Filho e outros).

Decisão: Depois do voto do Ministro Relator não conhecendo do recurso, o julgamento foi adiado a pedido do Ministro Oscar Corrêa. Falou pelo Recte.: Dr. Sergio Mazzillo). 1.ª Turma, 23-03-84.

Presidência do Senhor Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Senhores Ministros, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid e Oscar Corrêa.

Antonio Carlos de Azevedo Braga
Secretário

V O T O (VISTA)

O SENHOR MINISTRO OSCAR CORREIA: Pedi vista dos autos, em face das circunstâncias da causa, como sempre, detidamente examinadas no voto do Eminentíssimo Relator. E da reação desfavorável que me causaram os elementos indicados, ao verificar que, prevalecendo-se de autorização para obras de correção e reparação no telhado — área comum do prédio — os Recorridos nele construíram, para seu uso exclusivo, cobertura de cinco peças, daí resultando transformar-se o apartamento primitivo em *duplex*, com salão, banheiro, “suíte”, banheiro da “suíte” e *kitchnette*” (acórdão, fls. 330). E que, decidindo os ilustres Desembargadores, como “*verdadeiros*

Ministros da equidade”, validaram a construção “clandestina” — assim qualificada no acórdão — compelindo “o embargado (ora Recorrido) a indenizar os demais condôminos pelo equivalente ao acréscimo do valor de sua fração ideal, do terreno, em consequência do acréscimo de sua construção” (acórdão, fls. 329).

2. Estranho me pareceu que, realizadas as obras em fraude à autorização inicial, restrita, e apenas objetivando reparação de falhas na área comum do prédio; redundando, demais disso, em evidente e vultoso benefício de quem se valeu da fraude para realizá-las; ao invés da demolição pleiteada — e que pareceu violência inaceitável aos Ilustres Juizes do Tribunal de Justiça e ao Eminentíssimo Relator — se transformasse aquela indébita vantagem em simples e mera indenização pelo equivalente ao acréscimo do valor de sua fração ideal do terreno. Com o que se validou a ilegalidade, o abuso, a fraude, em troca de ínfima contraprestação, constituindo evidente estímulo a outros atentados.

Não apenas o aspecto da violência cometida contra o condomínio; mas o que representa essa decisão, nas consequências que pode ter nas relações condominiais; pelo estímulo a atitudes semelhantes, sobretudo, nas grandes capitais, onde o problema já assume estranha gravidade, em face da impossibilidade — por parte do poder público — de fiscalizar o exato cumprimento das normas do direito urbano e das posturas municipais; e, por parte dos mesmos condôminos, dificilmente em condições de conhecer a extensão das obras que se realizem nos próprios prédios que habitam (presos a vida atribulada das metrópoles, afastados o dia todo da residência, alheios, vivendo com estranhos, sem conviver, etc.) — como, aliás, reconhece, expressamente, o acórdão recorrido.

3. A prevalecer a interpretação do acórdão recorrido, *tabula rasa* se fará do direito dos demais condôminos, em face dos abusos dos ocupantes dos apartamentos do último andar, que não perderão a oportunidade de, clandestina, ou irregularmente, se apropriarem da área comum ligada à sua unidade, para realizarem ganhos indevidos.

4. Nem se diga que essa utilização — de *comum*, tornada *exclusiva*, clandestina ou irregularmente, não causa prejuízo no condomínio, que dela se apossou, impede que, de futuro tenha utilização comum, condominial. Vedada estará, por exemplo, que, posteriormente, com a autorização devida do poder competente e acordo dos condôminos, sirva à recreação e uso comum, porque já apropriada pelo proprietário da última unidade.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

5. Nem se considere mero capricho que, afinal, apenas os ora Recorrentes tenham mantido, neste extraordinário, a pretensão e a sustentem. De passagem, lembro, aliás, que, nos embargos infringentes são ainda *seis* os condôminos embargantes, admitidos como assistentes cinco deles (apenso n.º 1). Reconheceu o acórdão a irregularidade do uso pelos Recorridos e tanto deu razão aos Recorrentes que condenou os Recorridos nas custas e honorários sobre o valor da causa, e estes se conformaram, felizes com o ônus insignificante que lhes foi imposto.

Têm eles legítimo interesse; agem determinadamente e não se lhe pode inquirir de qualquer vício a atuação, perfeitamente comportável no uso de seu direito.

6. Feitas essas considerações preliminares — para salientar a importância da decisão que se toma; em face das atuais condições de habitação e construção, nas grandes cidades, que a Corte não ignora — examino os aspectos jurídicos da demanda.

Funda-se o extraordinário, pela letra *a*, na violação dos artigos 6.º e 153, § 22 da C.F., 3.º da Lei n.º 4.591/64, 127 do CPC e 628 do CC.

O despacho que deferiu o recurso considerou que não se trata de hipótese de falta de prequestionamento, porque a matéria agitada no recurso decorre de fundamentação nova que trouxe a decisão recorrida, não agitada em qualquer outro *decisum* (fs. 358)

O eminente Relator, contudo, considerou não prequestionados os dispositivos constitucionais tidos, pelos Recorrentes, como vulnerados; assim como também não deu pelo prequestionamento do artigo 628 do Código Civil, aplicando, quanto a esses textos, as Súmulas 282 e 356.

7. Na verdade — e nisto estou com o despacho para admitir o recurso — o § 22 do artigo 153 foi frontalmente agredido: porque a decisão recorrida, em realidade, deu a propriedade da cobertura aos Recorridos em desfavor dos Recorrentes e demais condôminos, dos quais retirou o direito de uso e gozo transformado em exclusivo daqueles.

Dir-se-ia, contudo, que essa vulneração não é direta. Nem por isso deixa de ser violação, não autorizada; antes vedada pela norma constitucional.

8. Quanto às demais invocações, concluiu o Eminentíssimo Relator: (Lê)

9. *Data venia*, não comungamos dessa opinião. O artigo 127 foi afrontado quando o julgador, pondo de lado os textos legais invocados pela parte, investiu-se do *Juízo por equidade*, que a lei só lhe faculta quando o autoriza (v.g., arts. 1.109 e 1.074, IV do CPC, art. 1.456 do CC). De outra forma, far-se-ia o Juiz soberano senhor das razões e fundamentos de decidir, substituindo-se ao legislador, em cada caso concreto. E a solução das pendências não se daria segundo a lei, mas segundo o Juiz e o seu critério pessoal de equidade.

E se contrariou o artigo 3.º da Lei n.º 4.591, que dispõe:

“O terreno em que se levantam a edificação ou conjunto de edificações e suas instalações, bem como as fundações, paredes externas, o *teto*, as áreas internas de ventilação, e tudo mais que sirva a qualquer dependência de uso comum dos proprietários ou titulares de direito à aquisição de unidades ou ocupantes, constituirão condomínio de todos e serão *insuscetíveis de divisão, ou de alienação* destacada da respectiva unidade. Serão, também, *insuscetíveis de utilização exclusiva por qualquer condômino*”. (grifamos).” (fs. 340)

10. Nem se diga que os outros condôminos desistiram da ação. Embora só apelando os ora Recorrentes, outros condôminos requereram admissão como assistentes, junto ao Relator, na Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça (apenso 1) — e figuraram como embargantes, nos embargos infringentes, como se vê da petição de embargos a fs. 298, os ora Recorrentes e mais cinco outros condôminos.

E ainda que solitários, não lhes minguaria o direito que, legitimamente, exercem.

11. Como, *data venia*, não colhe a afirmação de que ao usar da equidade “pretendeu, ao contrário, participassem os outros condôminos do benefício, que a obra feita pelos réus, a este trouxe”.

Ora, a obra dos Réus não trouxe qualquer benefício a qualquer outro condômino, pois de seu **uso exclusivo** e em seu exclusivo benefício. Prejuízo sim, trouxe a todos, que perderam a possibilidade de uso futuro da parte que, acima do apartamento 1.401 do prédio, era de **uso comum** e, pela realização da obra, se transformou em de uso privativo desse apartamento.

12. Frise-se, aliás, que o Relator do acórdão embargado, no próprio acórdão, afirma que, "embora contrafeito, de início, havia concluído pelo atendimento do pleiteado" (fs. 331) — isto é, a demolição.

Depois, contudo, textualmente, reza o acórdão:

"Implicaria numa solução drástica e sem alcance. Se houve certa parcela de lucro, para o embargante, que se componha o conflito mediante indenização, aliás já preconizada no voto anterior, ora reformulado, depois de entendimento entre todos os presentes, até mesmo entre aqueles que não constituíam a turma julgadora, quando, se teve ensejo de afirmar que nada impede que as partes possam chegar a composição satisfatória para ambos os lados, tudo dependendo, é óbvio, de certa dose de boa vontade, evento que contentaria até mesmo a Justiça, a quem muito dói ver demolido um apartamento construído e decorado com bom gosto e carinho como o objeto da inspeção a que teve o Relator ensejo de inspecionar minuciosamente, lamentando sinceramente solução radical que bem poderia evitar-se quando houvesse, como se disse, espírito de compreensão e conformismo no sentido de perder-se pouco para ganhar muito. Não houve esse espírito de compreensão. Não houve acordo, mas a tal omissão se superpõe a Justiça e impõe a força de sua atuação, decidindo como ora decide, certa de que não faltará desta vez, como jamais faltou ou terá de faltar, ao sagrado **munus** de que é investida na sua indeclinável e sagrada missão **social**."

13. Tal solução não é ditada pela lei e não está a parte jungida a ela. Tanto mais quanto a decisão recorrida reconhece a clandestinidade da obra: "Clandestinidade, em realidade, houve, pois tudo indica que o Síndico, tendo conhecimento de obras de grandes vultos, fez vista grossa de tudo quanto se realizava, mas a grande maioria dos condôminos ignorava. De mais a mais houve infração ensejando até multa do poder público." (fs. 330).

Em face dessa conclusão, ignora o pedido dos Autores, ora Recorrentes, e aplica aos Réus a pena de pagamento de irrisória quantia — como é a que se refere ao acréscimo do valor de sua fração ideal do terreno, em decorrência da construção; o que nada significa, em relação ao lucro colhido com a construção clandestina, e não é questão posta na lide.

14. Relativamente ao dissídio jurisprudencial, é citado o RE n.º 82.496 — (RTJ 80/851), em cópias a fs. 59/60, de hipótese assemelhada, bem como outros, apenas pelas Ementas, do mesmo Tribu-

nal de Justiça e de outros, e que se poderiam aceitar. Não necessito, contudo, de acolhê-lo. Tanto mais quanto, **data venia**, segundo me parece, evidente a negativa de vigência do artigo 127 do CPC e artigo 3.º da Lei n.º 4.591/64.

15. Poder-se-ia, por fim, argumentar com os danos e prejuízos que decorreriam da demolição da obra clandestina, ou irregular, e como tal classificada pelo Poder municipal. Certo que este não recuaria em fazê-lo, para assegurar o cumprimento de suas determinações. E a prevalecer indenização — apenas se argumente — deveria esta apurar-se, quando nada, nos exatos termos em que se quantificasse o proveito indevido colhido pelo beneficiário.

Certo que a vida condominial aconselha que se busque solução de conveniência; mas cabe esta aos condôminos, e não ao Juiz, que deve obediência ao texto legal impositivo.

16. Diga-se, por fim, que, em recente obra (**Condomínio (Problemas Fundamentais da Propriedade Horizontal)** — Editora Revista dos Tribunais — SP — 1982, p. 77-78), o Prof. JOÃO BATISTA LOPES, depois de examinar hipótese semelhante, no direito estrangeiro, referindo-se ao direito brasileiro, afirma:

"Essas lições, válidas no direito alienígena, são, contudo, inaplicáveis no Brasil, por isso que esbarram no art. 3.º, da Lei n.º 4.591/64, que considera o teto insuscetível de utilização exclusiva por qualquer condômino.

Antes mesmo da atual lei, CARLOS MAXIMILIANO já se manifestava pela necessidade de aprovação unânime dos condôminos para qualquer supra-edificação ou infra construção.

De tudo se conclui que ao proprietário da unidade situada no último andar do edifício não assiste o direito de introduzir-lhe inovações, nem de utilizá-la com exclusividade. **A ratio essendi** da proibição reside na circunstância de o terraço a todos pertencer, ser propriedade comum dos condôminos, e não propriedade exclusiva do ocupante do último andar.

Além disso, não dispondo da correspondente fração ideal de terreno, não pode o condômino residente no último andar proceder a construção de nova unidade autônoma sobre o teto, porque a cada unidade autônoma deve corresponder uma fração ideal de terreno."

Não há como recusar esta lição, que se aplica exatamente à espécie dos autos.

Nestes termos, **data venia** do Eminent Relator, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É o Voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALFREDO BUZAID.

Senhor Presidente, há duas relações jurídicas: uma, entre o proprietário do apartamento e o Poder Público; outra, entre os recorridos e os condôminos do imóvel. Da primeira não se cuida, porque o Poder Público não interveio no processo. A relação jurídica cinge-se, portanto, a recorrente e recorridos.

Tenho para mim que, conforme os esclarecimentos que acabam de ser prestados pelo eminente Relator, não houve ofensa ao art. 3.º da Lei n.º 4.591, que dispõe sobre condomínio em edificações, porque a parte superior do edifício estava coberta por um telhado, e tudo quanto fizeram os recorridos foi elevar o nível do telhado, aproveitando-se de uma área em seu próprio benefício. Tendo havido uma condenação a ressarcimento de perdas e danos, eventualmente sofridos pelos demais condôminos, a cujo respeito não se questiona, todos estarão, de futuro, devidamente compensados.

Também não vejo ofensa ao art. 127 do Código de Processo Civil, que diz que o juiz só decidirá por equidade os casos expressos em lei. A solução encontrada pelo Tribunal de Justiça não é, na verdade, o caso do art. 127 do Código de Processo Civil. Dadas as condições específicas do prédio, a inexistência de uma área comum que fosse terraço de possível uso por todos os condôminos e a inexistência de prejuízo para os demais condôminos, o egrégio Tribunal saiu em busca de uma solução. O emprego da palavra equidade não teria sido, a meu ver, feliz, porque o que se procurou foi uma solução de justiça.

Por essas considerações, pedindo vênias ao eminente Ministro OSCAR CORRÊA, acompanho o eminente Relator, não conhecendo do recurso.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SOARES MUÑOZ (PRESIDENTE): — Com a vênias dos eminentes Ministros OSCAR CORRÊA e RAFAEL MAYER, acompanho os votos dos eminentes Ministros NÉRI DA SILVEIRA e ALFREDO BUZAID.

A decisão nada mais fez do que transformar uma ação demolitória em ação de ressarcimento de perdas e danos. E assim procedeu tendo em vista circunstâncias que singularizam a espécie. Entre vinte e oito condôminos, apenas um propôs a ação apenas um recorreu. De outro lado, não houve, como frisaram os votos dos eminentes Mi-

nistros NÉRI DA SILVEIRA e ALFREDO BUZAID, prejuízo para o condomínio, e a prova mais evidente disso é que o condomínio, como tal, não protestou e a quase unanimidade dos condôminos se conformou com a situação.

Não é exato que somente a ação de nunciação de obra nova não deva ser executada em espécie quando ultimada a obra. A ação demolitória também pode ser convertida em indenizatória, e os repertórios de jurisprudência estão repletos de acórdãos nesse sentido. Eu mesmo decidi, certa vez, em Porto Alegre, caso em que, por distração, o proprietário de um terreno construiu um prédio de dez andares, avançando trinta centímetros sobre terreno vizinho. Depois de levantado o edifício, verificou-se a irregularidade. Teria adequação mandar demolir o prédio porque avançara trinta centímetros sobre terreno vizinho? Converteu-se a ação, que não era de nunciação de obra nova, mas demolitória, em ação de perdas e danos. A solução jurídica tem que ter adequação aos fatos. Se o proprietário demorou para protestar, deve, também, arcar com a responsabilidade de sua falta de atenção.

No caso, não há interesse público. O interesse é meramente privado. E, se é meramente privado, não podemos ter maior empenho do que aqueles que são os portadores do direito possivelmente lesado.

Não conheço do recurso extraordinário.

EXTRATO DA ATA

10 — RE 100.352-9 — RJ

Rel.: Ministro Néri da Silveira. Rectes.: José Resende de Castro Monteiro e sua mulher (Advs.: Hélio Bello Cavalcanti e outros). Recdos.: João Stepansky e outra (Advs.: Celso Ferreira Filho e outros).

Decisão: Depois do voto do Ministro Relator não conhecendo do recurso, o julgamento foi adiado a pedido do Ministro Oscar Corrêa. Falou pelo Recte.: o Dr. Sérgio Mazzillo. 1.ª Turma, 23.03.84.

Decisão: Não se conheceu do recurso vencidos os Ministros Oscar Corrêa e Rafael Mayer. 1.ª Turma, 08.06.84.

Presidência do Senhor Ministro Soares Muñoz. Presentes à sessão os Senhores Ministros, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Alfredo Buzaid e Oscar Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.

Antonio Carlos de Azevedo Braga
Secretário