

Marcos teóricos para a personificação jurídica dos condomínios edilícios*

Frederico Henrique Viegas de Lima**

1. Colocação do Tema

No limiar do Século XXI, o direito civil brasileiro experimenta profundas transformações. Desde a entrada em vigor da Constituição Republicana de 1988, passamos a idealizar um *sistema civilista* fundado em uma possível constitucionalização do mesmo, cobrando do intérprete uma nova postura metodológica, tendo a matriz de todo este *estatuto* voltada para a Constituição.

Desde 2002, a partir da vigência do novo Código Civil, a moderna doutrina civilista tem reconhecido um sentido *despatrimonializante e repersonalizante* no novo texto, muitos desconhecendo o verdadeiro sentido destas expressões e as mudanças de perspectiva e de enfoque existentes na atualidade, imanentes a todo o *sistema* do direito civil, que, sem dúvida alguma, foram iniciadas no decorrer do século passado. Transformações que, desde logo, foram tão bem observadas por ORLANDO GOMES já no início da segunda metade do século XX e presentes em toda sua obra, quando aponta os novos destinos do direito civil fundamentado em três pilares básicos: *a família, a responsabilidade civil e a propriedade*. Estas ganharam corpo com o estudo da Constituição Federal como marco inicial da visualização do *direito civil constitucional*, trazida ao nosso País da doutrina italiana, principalmente por PIETRO PERLINGIERI e desenvolvido por GUSTAVO TEPEDINO.

* Conferência proferida no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, Rio de Janeiro, de 25 a 27 de setembro de 2006.

** Professor Adjunto de Direito Civil na UnB — Universidade de Brasília; Doutor em Direito pela Universidad de Valladolid — Espanha; Pós-Doutorando pela Université de Genève — Suíça; Advogado.

Este deve ser entendido como a transformação e as mudanças de paradigma por que passou e passa o direito civil, com a inserção, sempre crescente, dos valores constitucionais como fundamento de validade das relações jurídicas.¹ Portanto, como adverte CLAUS-WILHELM CANARIS², dentro de uma estrutura hierarquizada na ordem jurídica, o direito civil está *sob* o plano constitucional, sendo diante de uma lógica normativa, vinculada aos direitos fundamentais, em maior ou menor medida.

De sua parte, NATALINO IRTI³ indica que o conteúdo constitucional é o direito por excelência, marcando o princípio da propriedade privada e da livre circulação dos bens.

Estas mudanças demonstram que o direito civil continua vivo através dos tempos, amoldando-se às novas realidades sociais, derrubando as barreiras da dicotomia *publico-privado*, em um sentido unificador de toda a doutrina do Direito atual, considerando-se que tais transposições são indispensáveis para a compreensão de todo o *sistema* civilista fundado em seu núcleo central, ou seja, o próprio Código Civil e seus *micro-sistemas* ou *estatutos*, sem descuidar das bases ou pilares que lhes servem de sustentação.

Portanto, não é correto se pensar que com a entrada do novo Código Civil tudo foi modificado, abandonando-se o *direito posto* e vislumbrando-se unicamente o *direito pressuposto*, duas felizes conceituações de EROS GRAU. É certo que o direito civil modificou-se, transformou-se e amoldou-se no limiar desta nova época. Entretanto, mais certo ainda é que as *instituições* do direito civil, que podemos chamar de *tradicionais*, continuam vi-

1 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: Revista de Informação Legislativa, nº 141, jan/março, 1999, p. 108

2 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Tradução Portuguesa, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, pp. 27/28

3 IRTI, Natalino — *Introduzioni allo Studio del Diritto Privato*, Padova, CEDAM — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990, p. 2

vas, lidas através suas *redefinições*, para alcançar as necessidades sociais existentes na atualidade.

Certo é, também, que não somente o direito civil, mas a ciência jurídica como um todo, necessita ser vista tendo como ponto de partida a Constituição Republicana de 1988, demonstrando a fenomenologia da *constitucionalização* em coordenação com as disposições *infra-constitucionais*, formando no caso do direito civil o *novo sistema*, fundado não somente na solidariedade, como vêem alguns, mas, principalmente, na garantia dos direitos fundamentais como início e fim de todas as *instituições*.

Disto resulta que os decantados sentidos *despatrimonializantes* e *repersonificantes*, antes referidos, devem ser melhor estudados e menos alardeados sem cunho científico, que leva a falsa impressão de que tudo mudou e, conseqüentemente, a doutrina civilista também transformou-se, abandonando os clássicos conceitos sedimentados ao longo dos séculos, conseguidos desde a época de Roma e, invariavelmente, presentes na atualidade.

Tudo isto, por si só, demonstra que as bases civilistas se mantêm inatacadas, formando o *novo sistema*, por óbvio *redefinido*, mas presente e vivo em toda a ciência jurídica, necessitando da atuação do intérprete para descobrir os novos rumos indispensáveis a sua perenidade, sempre atingida ao longo dos séculos.

Daí é impossível se dizer que o direito civil vem sendo absorvido por outros ramos do Direito. Muito pelo contrário, a *nova civilística* ruma em outra direção, fortalecendo os influxos necessários e indispensáveis com todo o ordenamento jurídico, interrelacionando-se com os demais ramos da ciência, tal como ocorre com o direito constitucional.

A análise do moderno direito civil, portanto, deve englobar estas transformações, sem se descuidar dos principais ramos do direito civil, hoje fortalecido com a inclusão do direito de empresa, tratado em parte especial do Código Civil. A estrutura de todo o *moderno sistema* continua igual ao que sempre foi. As mudanças

são atingidas mediante as *redefinições* de determinados *institutos* e, também, porém, em menor medida, com a introdução de novos *institutos*, sem que com isto, possamos dizer que o direito civil perdeu importância ou foi absorvido por este ou aquele ramo do Direito.

Para conceituar o direito objetivo, segundo suas novas acepções sociais e econômicas, JEAN CARBONNIER⁴ ensina que, atualmente, quando se fala em direito objetivo, se deve abstrair aquela postulação clássica da antiguidade, que se traduz em um conceito elementar e conjuntural, a partir de uma observação direta.

Muito mais que isto, a valorização das induções plausíveis com base em uma interpretação subjetiva, conduz a uma multiplicidade de campos de investigação e aplicação. Estas são formas indiretas, com abordagens fundadas não somente na *prática* da regra, mas, também, no *sentido* da mesma.

O sentimento da regra começa quando se depreende que o indivíduo se afasta de qualquer influência exterior, uma vez que *regras* são, necessariamente, o que chamamos de *regularidades*.

No entanto, *regras*, como adverte CARBONNIER, são muito mais que isto. E, é na teoria da sociologia do direito subjetivo que se pode *expressar a pretensão* de uma alteração profunda, tendente a modificar o Direito, entendido este como Ciência.⁵

Entretanto, ao vislumbrarmos toda a disciplina do direito civil que acolhe a Carta constitucional, é de fácil reconhecimento que o novo direito civil brasileiro somente trata de matérias já amplamente consagradas e desenvolvidas, tais como a família, a responsabilidade civil e o direito sucessório, deixando de lado um estudo mais aprofundado e racional da propriedade privada, reafirmando conceitos seculares ou multisseculares em relação à mesma.

4 CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit. Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*, 8a. ed., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, p. 95.

5 Ob.cit., p. 172.

A tradução constitucional dos incisos XXII e XXIII do artigo 5º da Constituição Federal, quando estabelece a garantia do direito de propriedade e que esta deve atender sua função social, é tida como um dogma imutável, não necessitando maiores estudos. Mas, é certo que tais conceitos — envoltos em fluidez extraordinária —, mereceram, até os dias atuais, poucos estudos por parte da doutrina.

Os juristas preferem reafirmar a conceituação de tudo aquilo que já foi examinado em relação a propriedade privada, deixando de enfrentar suas novas características — multifacetária, por certo —, ao argumento de uma consolidação conceitual e de sua natureza jurídica, ao longo de largos séculos, atingindo seu mais alto grau na segunda metade do século passado.

Neste, a propriedade deixou de ser considerada um direito absoluto, pleno, onde seu titular tinha o *feixe de faculdades* ou *atributos* traduzidos em uma verdadeira *plena in re potestas*, passando a ser limitado a partir da supremacia do *social* sobre o *individual*. O proprietário pode se valer de seu direito desde que exista um uso conforme às necessidades da sociedade e de acordo com as limitações impostas pelo Poder Público em relação à mesma.

Com isto, se idealizou um *conteúdo mínimo* ao direito de propriedade, sendo este traduzido — aqui em breves palavras —, como aquele conteúdo indispensável para que a propriedade possa sobreviver como tal. A interferência do *Estado Social* na propriedade, garante a existência deste conteúdo mínimo e, diante da *elasticidade* e *plasticidade* do instituto, este é capaz de se modelar e mover dentro parâmetros situados entre seu conteúdo mínimo e o conteúdo máximo.

De igual maneira, é certo que dentro desta zona ou balisa — mínimo e máximo — situamos o conteúdo da propriedade privada e, onde podemos encontrar o poder inerente ao proprietário. Portanto, os atributos em relação à mesma, bem como a possibilidade de se estabelecer direitos e obrigações, estão ali contidos.

Portanto, como dito, a situação conformista e a idealização da imutabilidade do direito de propriedade, permeia a doutrina atual. Carecemos de estudos de maior largueza para definir se esta conceituação, multissecular, não está merecendo um novo contorno, para o atingimento das necessidades da sociedade em nossos tempos. Deixando de lado as amarras tradicionais, plenamente visualizadas e debatidas ao longo dos tempos.

Deixar de lado a tentativa do estudo de uma redefinição do direito de propriedade, bem caracterizada pela noção francesa do *re-définir le droit de propriété*, foi o caminho perseguido pela maioria da doutrina. Revelando, desta forma, um paradoxo, a nosso aviso, inadmissível sob a frágil argumentação de que acerca da mesma já se tratou de tudo. Comodismo que, em um sentido laico, pode ser traduzido adágio: *as coisas são porque elas são*.

Se admitirmos tal aforismo, devemos deixar de considerar a disciplina do direito de propriedade segundo um conceito plural, da existência de *propriedades*, para admitir, unicamente, o seu conteúdo singular, *propriedade*.

Resultante desta análise, encontramos o direito de *propriedade* ou os *direitos de propriedades*, como bem já definia LOUIS JOSSERAND no início do século passado e tão bem compreendido por STEFANO RODOTÁ ao denominá-lo *il terribile diritto*, dada sua profunda capacidade de se transformar, modificar ou ser relido e revisto, como acontece com o artigo 554 do *Code Civil*, que permanece com seu texto inalterado por mais de duzentos anos, possuído, contudo, uma moderna feição, demonstrando a *plasticidade* deste *instituto*, conseguindo sobreviver nos dias atuais aos ataques que lhes são desferidos, mas sempre saindo adiante, como a mitológica ave fênix.

O estudo das novas transformações do direito de propriedade não é recente. LOUIS JOSSERAND, no início do século XX, já admitia uma *relativização* necessária ao conceito de proprieda-

de.⁶ Sentido questionado e reconhecido, também, por GEORGES RIPERT, já na década de 50, ao idealizar um conceito de *propriedades* em oposição ao clássico entendimento de *propriedade*:

“Peut-on présence de tant de formes nouvelles parler encore du droit de propriété? N'est-il pas plus just de dire, em usant du pluriel, *les propriétés*, tant elles sont different les unes des autres.”⁷

Entra em jogo, então, o princípio da autonomia privada, agora sem o caráter absoluto de outras épocas, mas, como adverte CARBONNIER, em sua obra de referência, como um princípio sistemático, que existe com o auxílio da *normatização*, em função das limitações que sofre, sobretudo originárias da *sistemização* da ordem pública, pela moral e pelas normas imperativas.⁸ E, é principalmente a partir deste princípio que surgem os novos direitos reais, ligados às exigências e necessidades de interesses concretos, existentes na realidade do tráfego jurídico negocial.⁹

É impossível se pensar que *os direitos de propriedade* vêm perdendo importância, sobretudo com as indicações constitucionais tendentes a sua garantia ou um deturpado entendimento sobre o que é sua função social. É correto vislumbrar sua modelação, dentro das novas necessidades sociais, podendo-se, até mesmo, enquadrá-lo como uma garantia ou direito fundamental, como hoje vem sendo discutido, tomando como *matriz* não somente o texto constitucional, mas, principalmente, a Declaração dos Direitos do Homem. Esta, em seu artigo 17, prevê que toda pessoa individual ou coletiva tem direito à propriedade, não sendo legíti-

6 JOSSERAND, Louis. *L'Esprit des Droits et de Leur Relativité*, Paris, Librairie Dalloz, 1927, p. 1.

7 RIPERT, Georges. *Les Forces Creatrices du Droit*, 2ª ed., (reprint 1955), Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998, p. 210.

8 CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les Obligations*. 16ª ed., Paris, PUF (Press Universitaires de France), 1992, p. 156.

9 ROMAN GARCIA, Antonio. *La Tipicidad en los Derechos Reales*. Madrid, Ed. Montecorvo, 1994, p. 20.

tima sua privação arbitrária. Este é o início de todo o *micro-sistema* ou *estatuto das propriedades*, merecedor das garantias jurídicas a elas inerentes, sendo consideradas, por evidente, verdadeiros direitos fundamentais. Categoria jurídica necessária à sobrevivência da sociedade como um todo e, da pessoa humana individualizada, em particular.

Justamente por serem os *direitos de propriedades* uma verdadeira garantia constitucional, na atualidade, o instituto jurídico cobra uma especial relevância, merecedor de estudo deste novo formato, com a *redefinição* de determinadas facetas que lhes integram, deixando introduzir o *direito novo* não à custa de uma eterna luta prolongada ao longo dos séculos como se refere IHERING, mas, simplesmente, diante das novas realidades sociais e humanas.

Nisto encontramos diversas formas de *propriedades*, tais como as superpostas, justapostas, divididas, enfim, com as *modelações* indispensáveis ao mundo atual, olhando o direito para o futuro, a partir das experiências adquiridas no passado, de modo que as *redefinições* possam integrar o ordenamento jurídicos de maneira menos traumática possível, como forma de conservar o existente e agregar novas *modelações*, sem contudo romper com todo o *sistema* vigorante.

A atribuída acomodação acerca das propriedades, no entanto, não é verdadeira. Nem, tampouco, pode ser admitida sem maiores questionamentos pela doutrina. Relegar o estudo do direito de propriedade a um segundo plano ou, mais concretamente, a um direito civil de segunda categoria, é deixar de lado o estudo de uma das partes mais importantes do direito das gentes, pois, o acesso à mesma, conduz a uma sociedade mais justa e igualitária.

Por isto, muito embora, também, seja uma conceituação estática e sem maiores questionamentos, a propriedade privada gravita dentro da ordem econômica e social estabelecida pela Constituição Federal.

Nestas primeiras linhas buscamos estabelecer como marco teórico a noção de que a propriedade é bem mais um direito recorrente, que se amolda à nova sociedade que, em nossos dias, necessita cada vez mais da redefinição dos institutos jurídicos para que os mesmos possam realizar o direito de uma forma mais justa e objetiva, estreitando as diferenças entre as pessoas e garantindo, sempre, uma melhor condição da vida humana, principalmente em sociedade.

É sob este prisma que encontramos as *propriedades* no novo Código Civil. E, ao contrário do imaginado por intérpretes menos avisados, traz profundas modificações nestas, sejam mobiliárias ou imobiliárias.

Perfeita é a *lição preliminar* deixada por MIGUEL REALE, condutor dos trabalhos da nova codificação civilista, ao narrar os momentos decisivos do novo Código. Invocando os ensinamentos de HANS GEORG GADAMER estabelece que é inadmissível a redução da hermenêutica a um mero conjunto de normas interpretativas. Desta forma, para o codificador, é amplamente prejudicial tentar a interpretação do novo texto com a mentalidade *formalista e abstrata* que permeou — até sua entrada em vigor — o Código Civil revogado, bem como todo o *sistema* do direito civil.

Para tanto, esclarece que o Código Civil em vigor tem como diretrizes dominantes a *eticidade*, a *sociabilidade* e a *operatividade*, valores que reputa essenciais.¹⁰ O codificador, ao ensinar tais diretrizes, estabelece o verdadeiro alcance de cada uma delas.

A *eticidade* impõe a superação do *formalismo jurídico*, fruto da recepção, sem maiores questionamentos, da influência germânica pandectista e do direito tradicional português. Sendo o primeiro fundado no empirismo jurídico dos glosadores a partir da experiência do Direito Romano. No entanto, a participação da

10 Estas idéias e conceitos podem-se ver em REALE, Miguel — *História do Novo Código Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 37 e segs.

ética permeando todo o ordenamento jurídico é de extrema relevância, principalmente sua compatibilização com a *técnica*, esta entendida como *técnica jurídica*. Desaguando no primado da *probidade* e da *boa-fé*, sempre em um sentido de *correção* (*coreteza*) *jurídica*.

A seu turno, a *sociabilidade* busca a superação do individualismo jurídico, sempre presente na legislação revogada, mesmo porque quando da elaboração desta, nosso País era eminentemente agrícola, enquanto, na atualidade, vivenciamos o fenômeno da *urbanização* ou *urbanificação*. Atributos que não mais permitem a supremacia do caráter individual sobrepondo-se ao social.

Finalmente, a *operabilidade* estabelecida com a finalidade de encontrar soluções normativas destinadas à facilitação da interpretação e aplicação no novo *sistema* por todos aqueles que dele necessitam. Para tanto, o alcance das regras jurídicas deve, como estabelecido anteriormente, estar fundado na *probidade*, *boa-fé* e *correção* (*coretezza*) *jurídica*, implicando, muitas vezes, em uma atuação mais positiva dos magistrados na aplicação do *direito concreto*, consoante os ensinamentos de KARL ENGISCH, EMILIO BETTI, KARL LARENZ e JOERG ESSER.

Estes novos rumos traçados pelo Código Civil demonstram, por si só, a imperiosidade do estudo do direito das *propriedades* com um norte distinto daquele até então vigorante. Desta feita, abrandar ou, até mesmo, abandonar determinados conceitos e preceitos tidos como imutáveis e concretos é de essencial importância.

Neste sentido, desde logo, colocamos dois momentos de transcendência especiais para o estudo das *propriedades* e que serão temas recorrentes ao longo do presente trabalho.

Dentro de um critério eminentemente comparatista, lançando mão da *técnica jurídica* da *microcomparação* para o *direito concreto*, impõe-se analisar o estudo da ótica de outros ordenamentos jurídicos e, no presente caso, da legislação suíça e francesa,

acerca dos novos contornos da propriedade privada. Mas sempre dosando o critério comparativo, pois, como ensina JOAQUÍN GARRIGUES *não se pode transferir um instituto de um país a outro, transportado como se fosse um trator ou uma geladeira.*

Sob o prisma constitucional, para J.J. GOMES CANOTILHO¹¹, a opção de uma Constituição econômica não está diretamente relacionado com uma “ordem econômica” ou um “sistema econômico abstrato e puro”. Muito mais que isto, é caracterizado pela idéia de democratização econômica e social.

Igualmente, o Professor entende que a democracia econômica e social não é um conceito “em branco”, nem, tampouco, uma “regra plástica”. Sendo muito mais um *limite* e um *impulso*.

Como *limite*, o legislador não pode executar uma política econômica contrária às regras sociais. Como *impulso*, impõe ao legislador, de acordo com o impulsionamento efetivado pelas normas constitucionais, que podem ser de natureza liberal-social ou social-democrata.

No caso presente, preferimos a conceituação de que o *impulso* possui uma natureza liberal-social, mesmo porque estamos diante de um direito constitucional dito de *primeira geração*, na clássica definição das *três gerações* de direitos fundamentais a que se referem, para o direito suíço, em particular ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI e MICHEL HOTTELIER¹². Advertindo, contudo que cada uma das gerações não exclui as demais.

Por liberdade econômica e sua garantia, devem ser entendidas a possibilidade de acesso a uma atividade econômica privada e livre, com a finalidade lucrativa.

11 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 8ª. Ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1993, p. 475

12 AUER, Andreas, MALINVERNI, Giorgio e HOTTELIER, Michel. *Droit Constitutionnel Suisse*, Tome II, Les Droits Fundamentaux 2ª ed., Stäempli Editions, 2006, ns. 66 a 68, pp. 29 e 30

No direito helvético, ainda como matriz constitucional, estes doutrinadores¹³ entendem que a propriedade privada é, inegavelmente, por garantia constitucional um direito fundamental e uma *liberdade*. A proteção dos direitos patrimoniais estabelecida pela Constituição suíça permite a utilização destes de acordo com as regras fixadas pelo direito ordinário. Considerando, sempre, as relações econômicas e sociais, permeadas de densidades variadas, conformadoras da noção de propriedade.

Igualmente, é certo que a noção de direitos patrimoniais não pode ser reduzida aos conceitos definidos pela ordem jurídica, pois são, bem mais, *condições de existência* de direitos e obrigações. A mobilidade inerente a propriedade constitui um *elemento central do sistema econômico*, fundado no mercado e na concorrência, traduzindo-se em um *motor* da economia.

A propriedade deve ser vista de forma variada, adaptada às circunstâncias e particularidades das trocas e fluxos maciços e frequentes que caracterizam o mercado e a economia moderna. Desta forma, a função econômica da garantia da propriedade é o elemento essencial integrante do *princípio da liberdade econômica*, garantido constitucionalmente e que não pode ser derogado a não ser mediante uma disposição constitucional expressa.

Diante do conceito de liberdade econômica, a propriedade leva, necessariamente, a um conceito de valoração em dinheiro, deixando à margem uma falsa noção de valor afetivo, pois ela é uma verdadeira mercadoria.

A garantia constitucional da propriedade privada revela a existência de uma pluralidade de funções que vão muito mais além da noção clássica de uma *função individual* e uma *função institucional*.

Segundo a *função individual*, a garantia da propriedade protege direitos patrimoniais concretos, tradicionalmente reconhecidos

13 ob.cit., pp. 374 e segs.

na doutrina, como a alienação, a conservação e a fruição. Porém, muito mais que isto e, em superação ao modelo individualista tradicional, a proteção constitucional de cada um dos proprietários não implica que o exercício deste direito sobrepassasse o domínio da vontade individual. Buscando, também, proteger o indivíduo e suas relações jurídicas de finalidade lucrativa. Compreendendo, também, seus meios de produção.

A função *institucional* está fundamentada no sistema econômico, em coordenação com as disposições infraconstitucionais. Por esta, o sistema econômico é visualizado como um *sistema liberal*, com apoio na ordem econômica do mercado.

Exprimir estas relações em termos positivos, significa que a economia repousa, principalmente, na iniciativa das partes privadas e na autonomia dos particulares. É dizer, como fazer os autores citados, com apoio no direito alemão *wirtschaften ist grundsätzlich sachen privaten*.

Segundo o direito ordinário, ou direito comum, a liberdade econômica está intimamente ligada a liberdade contratual, que engloba a liberdade de estabelecer o objeto do contrato, concluí-lo —ou não —, escolher a parte com quem se contrata, determinar a forma do contrato e o seu poder de modificação. Conferindo força jurídica segundo a vontade das partes contratantes. Tudo em conjugação com as regras de ordem pública e os direitos da personalidade.

Por sua vez, a *garantia da propriedade*, assim como a *liberdade econômica*, por serem espécies de liberdades clássicas, estão dirigidas ao direito positivo.¹⁴

A garantia da propriedade visa proteger os proprietários, segundo as regras fixadas pelo direito ordinário ou direito comum. Contudo, suas relações são mais densas.

14 Ob.ult. cit., pp. 29/31

Ele aparece como *condição de existência* desses direitos, quer sejam em si mesmos, quer dos direitos obrigacionais.

Assim, vem a ser o núcleo central do sistema econômico nas transformações do mercado e da concorrência. Sendo, portanto, como colocam os Professores suíços, um dos *motores* da economia. Não somente no mercado, mas sempre estão sujeitos a modificações impostas pela economia moderna.

Na Suíça, a garantia da propriedade é um elemento central da constituição econômica e dela é integrante. Portanto, não pode ser suprimida ou alterada com a simples modificação de uma disposição contratual. Seu valor é, necessariamente, medido em dinheiro.¹⁵

2. A autonomia da vontade e a necessária superação do sistema de *numerus clausus* de direitos reais como fatores determinantes para a personificação dos condomínios edilícios

Neste contexto, encontramos no Código Civil o *condomínio edilício*, fruto da intensa luta antes aludida e da experiência referida por HOLMES, em seu clássico *The Common Law*, como direito *posto*, pronto para ser validamente utilizado pela sociedade, conseguido a partir das transformações que sofreu a propriedade em comum ou co-propriedade, partindo dos seus clássicos conceitos para transformar-se em uma forma *especial* de propriedade, que demonstra, não somente sua *plasticidade*, mas, também, sua capacidade de *modelação* às novas necessidades cotidianas.

Mas, se é certo que o *condomínio edilício*, — denominação um tanto imprópria para o *instituto*-, é capaz de formar um *micro-sistema* ou *estatuto*, também é correto afirmar que suas transformações ao longo dos anos, sobretudo nos últimos oitenta anos, contados a partir da edição da primeira lei que trata desta forma

15 Ob. ult. cit, ns. 785, 786, 789 e segs., pp. 374/375

de propriedade e acolhida no Código Civil, descuidou-se de tratar de todos os aspectos ou das facetas do mesmo, sobretudo e, em especial, sua *personificação*.

As atuais características e as necessidades dos condomínios edilícios fizeram com que o legislador tenha perdido a oportunidade de dotá-lo de uma *personalidade jurídica integral* e não somente aquela destinada ao atingimento das relações jurídicas de seu peculiar interesse, pois estamos diante de um conceito extremamente fluido, vez que, de uma parte, as relações e inter-relações que esta modalidade de propriedade atinge atualmente vão muito mais além de relações internas entre seus participantes, exteriorizando-se e irradiando-se além das fronteiras da comunidade de co-proprietários. De outra, o condomínio edilício trava, em sociedade, uma série de relações jurídicas perfeitamente delineadas e particularizadas, fazendo com que não se possa inferir que o mesmo só detenha uma *personificação* inerente às suas próprias finalidades. Como é o caso de relações jurídicas que o mesmo entabula quando atua como locador, tomador de serviços de terceiros, ser sujeito ativo ou passivo em relações jurídicas, de maneira individualizada, independente e de responsabilização civil.

Mais ainda quando pensamos no condomínio edilício como um sujeito de direito capaz de figurar em relações jurídicas um tanto complexas, como a aquisição ou venda de bens, sejam estes móveis ou imóveis. Acrescente-se que é possuidor de capacidade postulatória própria, concedendo-lhe a possibilidade de estar em juízo, tanto no pólo ativo como no pólo passivo de uma demanda. O que, sem dúvida alguma, só é permitido com um extremo apego a ficção, esta em um sentido laico e não em sentido jurídico, já que até os dias atuais a tradicional doutrina não visualiza a *personificação jurídica* dos condomínios edilícios. Sentido revelado sem o desconhecimento do reconhecimento da capacidade postulatória permitida expressamente pelo Código de Processo Civil.

Entretanto, é indispensável a admissão da *personificação jurídica* desta propriedade *especial*, para que, como sujeito de direito autônomo e independente das pessoas físicas que a compõem, possa se relacionar validamente com terceiros, sem a busca incessante à ficção jurídica, que a reduz a uma categoria de segundo grau, sendo, portanto, *menos propriedade* que *outras propriedades*.

Igualmente, não é possível a admissão simplista de que o condomínio edilício seja um ente despersonalizado, tal como o são a massa falida e o espólio. Aquele não pode ser comparado com estes por motivos bastante singelos. De uma parte, tanto a massa falida quanto o espólio são situações jurídicas transitórias, onde se pode vislumbrar sua extinção. Ao passo que o condomínio edilício possui a característica de perenidade, transpondo-se ao longo dos anos e, até mesmo, dos séculos. De outra parte, como derivação desta primeira distinção, o número de relações jurídicas e as possíveis modalidades que pode ter o condomínio edilício como sujeito de direitos são infinitamente superiores àquelas outras. Tanto na massa falida quanto no espólio, podemos visualizar por completo o plexo de relações jurídicas de seus peculiares interesses, admitindo-se, até mesmo e, sem muito esforço, que estes constituem um verdadeiro *numerus clausus*. No entanto, no condomínio edilício estas situações não formam uma verdadeira relação fechada, possuindo bem mais um caráter exemplificativo, dada sua permanência no *tempo* e no *espaço*, tal como as normas jurídicas. Sendo assim, todos os critérios para se tentar vislumbrar a totalidade das relações jurídicas de peculiar interesse dos condomínios edilícios estão sujeitos a falibilidade, dado o caráter mutante cotidiano das mesmas.

Conceituações já plenamente admitidas em países com Alemanha e Suíça, fundadas, primeiramente, na correta dicção da *ratio* dos *numerus clausus*, garantindo a eficácia, ao menos indireta em relação a terceiros das normas de direito privado, muitas vezes a partir do primado da Constituição em matéria de direitos

fundamentais, como bem advertem BÉNÉDICT FOËX e CLAUDIUS WILHELM CANARIS

Como antes apontado, o Código Civil deixou de, expressamente, dotar o condomínio edilício de uma personificação jurídica. Entretanto, não impediu a atuação do interprete de visualizá-lo como ente personalizado. Prova disto é que a personificação jurídica dos condomínios edilícios é tema recorrente nas Jornadas de Direito Civil realizadas pelo Conselho de Justiça Federal. Desde a I Jornada, realizada em 2002, foi estabelecido o Enunciado nº 90, pelo qual, ainda que de maneira tímida, foi admitida a sua personificação. Já na III Jornada, ao final de 2004, propusemos a modificação deste Enunciado, como forma de intensificar e reafirmar a necessidade de admissão da personificação jurídica. Abrindo-se, completamente, as portas para que o tema possa ser amplamente estudado e debatido pela doutrina, como um ponto de partida para, no futuro, ser incorporado pela jurisprudência e, até mesmo, pelo ordenamento jurídico.

A proposta de demonstração da possibilidade da personificação jurídica do condomínio edilício, em um primeiro momento e do ponto de vista doutrinário, revela uma multiplicidade de caminhos que podem ser escolhidos pelo intérprete. É inquestionável nossa predileção pela comparação com o direito estrangeiro, através do método *microcomparativo*. Disto resulta a análise dos ordenamentos jurídicos que buscamos comparar, tarefa extremamente difícil, porque o direito alienígena, em sua grande maioria, se encontra no mesmo estágio evolutivo que o nosso. É indispensável, portanto, a justificativa dos modelos jurídicos que compararemos, para que não deixar o interlocutor sem a resposta concreta quanto as linhas doutrinárias e metodológica que nos auxiliaram em nossas conclusões.

Fundamentalmente, a comparação perseguida tem como base o direito suíço e o francês. Isto sem descuidar da investigação em outros ordenamentos jurídicos do sistema romano-germânico, tal como o direito italiano e o espanhol, muito embora estes dois

tenham menor relevância, pelos motivos que exporemos a seguir.

Comparar com o direito suíço e o direito francês decorre de uma série de motivos relevantes. Em primeiro lugar, nestes países, as legislações inerentes a *propriété par étages*, bem como a *copropriété des immeuble bâtis*, são contemporâneas a anterior legislação brasileira sobre os condomínios em edificações, existentes desde o decorrer dos anos sessenta.

No direito suíço, o atual estágio das PPE é revelador de questionamentos semelhantes acerca da personificação jurídica dos condomínios edilícios do direito brasileiro, onde se reconhece sua personificação para determinadas finalidades inerentes à suas próprias necessidades, existindo recentes investigações acerca desta forma de propriedade *especial*. O marco teórico neste país é, sem dúvida alguma, a profunda reforma do artigo 712 do *Zivilgesetzbuch*, realizada em 1965, por obra do Professor PETER LIVER, adequando às necessidades existentes naquele momento. Igualmente, o artigo 1º deste texto legislativo, — inquestionavelmente considerado por todos um marco indelével inexistente em outros ordenamentos jurídicos-, permite ao intérprete comparatista a acertada busca de soluções para casos concretos, com o auxílio das soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, permitindo os estudos realizados por ARTHUR MEIER-HAYOZ, HEINZ REY, PAUL-HENRI STEINAUER e, mais recentemente, por AMÉDÉO WEMELINGER.

No direito francês, a Lei nº 65-556 de 10 de julho de 1965 e o Decreto 66-480 de 14 de novembro de 1966 são os únicos dispositivos legais que reconhecem ao *syndicat de propriétaires* uma personalidade jurídica, nos moldes de uma *personalité morale*, permitindo a personificação jurídica das *copropriété des immeuble bâtis*, corretamente expressadas por diversos autores, principalmente por EDITH KISCHINEWSKY-BROQUISE e CHRISTIAN ATIAS.

Entretanto, tais comparações não podem esquecer as diferenças territoriais existentes entre estes dois países e o Brasil, onde neste as imensas parcelas de terrenos permitem que os idealizadores de condomínios edilícios se voltem à soluções extremamente inovadoras, que de certa forma guardam relação com *les grands ensembles immobilières* do direito francês ou, até mesmo, os chamados *il supercondominios* do direito italiano. Contudo, na Itália, a faculdade de construir não é inerente ao direito de propriedade por disposição da Lei nº 10 de 1977, sendo esta outorgada pelo Estado, muito embora por algumas vezes tal diploma legal já tenha sua inconstitucionalidade reconhecida pelas mais altas Cortes daquele país, mas até os presentes dias é objeto de debates doutrinários.

De sua parte, o direito espanhol embora igualmente não reconheça a personificação jurídica da *propiedad horizontal*, a partir da reforma da lei especial que rege esta modalidade de propriedade em 1999 admite, de maneira expressa e clara, a possibilidade da alienação, por parte da mesma, de determinados locais da edificação que são considerados comuns, como o apartamento do zelador, mesmo porque estes trabalhadores são cada vez mais escassos naquele país. Motivo para uma referência, mesmo que breve, para justificar a poder de alienação que possui um condomínio edifício ou *comunidad*, auxiliando diretamente o estudo que realizamos.

O estudo do direito comparado permite a reafirmação da necessidade do reconhecimento da personificação jurídica dos condomínios em edificação para a realização de suas atividades em prol de seus integrantes. Principalmente se estivermos diante de um grande empreendimento imobiliário, composto por dezenas de comunheiros ou mesmo em condomínios edilícios de menor porte, quando, para ambas situações, a maioria das vontades individuais de seus componentes parece impossível, obstaculizando que sejam efetivadas as transformações e adequações necessárias ao seu melhor desenvolvimento, pela simples oposição de uma parcela de seus integrantes.

De igual maneira, é impossível se pensar no comparecimento de todos os condôminos, — ou pelo menos da maioria deles — nos negócios jurídicos que o condomínio edilício necessite ou pretenda realizar.

Neste momento duas importantes situações surgem, de maneira a reafirmar a importância de sua personificação. Por um lado, para o desenvolvimento normal e habitual das pequenas relações jurídicas que trava o condomínio edilício, necessitaria do comparecimento da maioria dos seus condôminos integrantes. De outro, nos negócios jurídicos de maior expressão, tais como a aquisição ou alienação de bens imóveis, o comparecimento dos condôminos deve ser maciçamente majoritário ou, até mesmo, integral.

No primeiro caso, poderíamos recorrer ao reconhecimento de uma *personificação jurídica* já existente, dado o costume no trato diário desta modalidade de situação jurídica, o que, sem dúvida alguma, só é permitido com um enorme apego à ficção. Como se justificar o poder jurídico de um condomínio edilício na execução de tarefas do cotidiano, tais como adquirir bens de consumo para a manutenção da edificação e seu entorno, que exemplificativamente podemos elencar os materiais de limpeza e para a manutenção de jardins, os materiais indispensáveis para a conservação do patrimônio imobiliário, desde uma simples lâmpada. Igualmente, torna-se mais difícil se vislumbrarmos a capacidade jurídica — embora *despersonalizada* por completo — do condomínio em realizar contratos de maior expressão, como o de conservação de elevadores, de fornecimento de energia elétrica, de gás e de água, normalmente firmados com entes públicos. Ou mesmo a locação de locais situados em áreas comuns da edificação, ainda que tenha como a outra parte contratante um dos seus condôminos integrantes, como ocorre com os espaços para guarda de veículos e aqueles destinados a festas particulares. Isto sem levar em consideração que esta ficção jurídica permite ao condomínio edilício realizar contratos de locação de mão-de-obra, ao ter em seus quadros um sem número de empregados, sendo res-

ponsável, perante as autoridades governamentais, pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e de imposto de renda.

Na atualidade, para todos estes casos, o recurso à ficção jurídica está presente, pois normalmente se contrata tendo o condomínio como sujeito ativo ou passivo das obrigações, reconhecendo-se, sem maiores questionamentos, uma personalidade jurídica que, por evidente, é inexistente. Alguns justificam estas possibilidades somente com o recurso a capacidade postulatória a eles autorizada pelo estatuto processual civil. Ou, ainda, que estas são atividades de seu peculiar interesse.

Entretanto, não podemos nos esquecer que muitas das atividades inerentes aos condomínios edilícios são extremamente complexas e ensejadoras de negócios jurídicos que traduzem expressivas importâncias financeiras e econômicas. Onde, desde logo, inquieta o intérprete o jogo que pode existir de responsabilidade civil por inadimplemento contratual.

Nisto, o simples reconhecimento legislativo de uma capacidade postulatória aos condomínios edilícios — que pode ser traduzido na possibilidade jurídica de estar em juízo ativa ou passivamente — não esgota toda a problemática que o tema encerra. Por óbvio, é possível que o condomínio esteja em juízo. Contudo, nos casos em que o desfecho de demandas contrárias ao mesmo, leva, inquestionavelmente, a subsunção da determinação jurisdicional. Estas, na grande maioria das vezes, se traduzem em condenações pecuniárias ou obrigações de fazer ou não fazer, que deve m ser suportadas pelo condomínio.

Neste compasso, como se pode responsabilizar ou até mesmo promover uma execução forçada contra um ente sem personificação. Em realidade, estamos diante da responsabilidade — no tocante aos efeitos das demandas — dos próprios condôminos integrantes do condomínio edilício que, de alguma forma, serão, ao final, responsabilizados pelo pagamento ou cumprimento obrigacional, de discussões judiciais propostas ou defendidas pelo condomínio e que não lograram êxito.

Consideremos, ainda, como simples exemplificação, a possibilidade de imputação dos efeitos de um processo onde o condomínio não obteve o resultado desejado, onde a constrição judicial possa recair sobre as partes comuns da edificação. Situação que não parece a mais acertada, dada a característica de ser o mesmo uma espécie de condomínio *especial*, em que os direitos de cada um dos condôminos encerra não somente as partes individuais e privativas de cada um deles mas, também, as partes comuns e o fracionamento ideal do terreno onde se encontra a edificação, formando um todo indissolúvel, inseparável e indissociável, como bem já advertia, desde os anos sessenta, CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, autor do projeto da antiga legislação brasileira. Situação jurídica que não se alterou no Código Civil vigente, com a norma expressa em seu artigo 1.331.

Sendo assim, é forçoso reconhecer a mera ficção jurídica da capacidade postulatória do condomínio edilício, dado que, como ente despersonalizado reconhecido atualmente pela doutrina e pela jurisprudência, conduz a responsabilidade patrimonial dos condôminos que a integram. Revelando a incongruência da admissão da responsabilidade por fato de terceiro, de alguém que sequer figurou na demanda judicial. O que nos parece inadmissível.

Desde nosso ponto de vista, o condomínio edilício deve, a partir do reconhecimento de sua *personificação jurídica*, ser capaz de arcar com as conseqüências de seus próprios atos que, muitas vezes, traduzem a vontade apenas de um grupo de condôminos e, até mesmo, de sua minoria ou de seus dirigentes, onde se insere a pessoa do síndico.

A necessidade de definição de responsabilidades, principalmente a civil, é indispensável para que possamos atingir plenamente o conteúdo do artigo 14 do Código de Processo Civil. Por um lado, é inquestionável, desde um primeiro momento, que estamos diante da responsabilidade civil do condomínio edilício. E, em um segundo plano, a responsabilidade dos condôminos que

o integram. Entretanto, entre estas duas responsabilidades, perfeitamente separáveis juridicamente, não podemos nos esquecer a existência da responsabilidade dos dirigentes do condomínio. Pessoas que podem e devem ser chamadas a responder pelos atos que praticarem — muitas vezes exorbitando os poderes que lhes foram conferidos — antes que se possa pensar em responsabilização daqueles condôminos que, apesar de integrarem a comunidade, na maioria das vezes não motivaram a atuação do condomínio edilício em juízo e, até mesmo, foram contrários a esta atuação ou do negócio jurídico que, por incumprimento ou cumprimento defeituoso, levaram ao início de uma discussão judicial.

Do nosso ponto de vista, estes motivos já seriam suficientes para que reconhecêssemos a *personificação jurídica* dos condomínios edilícios, deixando de lado a solução simplista de que esta somente é reconhecida para as atividades de seu peculiar interesse. O que, a nosso aviso, seria bastante para a *personificação*, como forma de, estruturalmente, estes possuírem uma verdadeira gestão societária.

Entretanto, a problemática acima descrita não encerra totalmente o tema, dada a multiplicidade e complexidade das atuações que cobram mesmo dos condomínios em edifícios uma *personificação jurídica plena*.

Aqui nos referimos a necessidade e possibilidade dos condomínios de figurarem em negócios jurídicos de aquisição e alienação de bens imóveis. Neste contexto, não podemos deixar de observar a territorialidade de nosso País e, também, a fenomenologia do crescimento — muitos, por certo, desordenada — de nossas cidades. A cada dia vemos uma proliferação de novas edificações divididas em planos horizontais que, até mesmo por fatores de segurança cidadã, transformam estas formas de habitação em verdadeiros conjuntos ou complexos isolados, onde é possível que seus habitantes encontrem, nos interior dos mesmos, todo o necessário para si e sua família, como áreas de lazer, piscinas,

pequenos complexos de lojas compostos de supermercados, padarias, cabeleireiros, videoclubes, lavanderia farmácia, dentre outros. Existindo, até mesmo, escolas particulares de excelente nível, que ali se instalam dado o poder econômico das pessoas que os habitam. Formando, assim, verdadeiros complexos imobiliários — *ensembles immobiliers ou supercondomínios* —, distintos de uma edificação condominial que poderíamos chamar de simples.

Neste contexto, a *personificação jurídica* integral e independente dos condomínios em edifícios é extremamente relevante. De uma parte, ao pretender o condomínio adquirir ou alienar parte de seu patrimônio, pelo sistema atualmente existente, necessita a intervenção direta dos condôminos que o compõem, dado que estes negócios jurídicos necessariamente devem ser efetivados em nome dos condôminos, verdadeiros titulares registraes, em co-propriedade, da edificação.

Assim, para a efetivação destes negócios jurídicos a maioria ou até mesmo a integralidade dos condôminos deve comparecer ao ato que se realizará em proveito do condomínio. No entanto, este comparecimento se efetiva em nome próprio dos condôminos e não em nome do condomínio, dada a atual inexistência do reconhecimento de sua *personificação jurídica*.

Surgem, desta forma, determinados problemas que, apesar de não serem intransponíveis, até mesmo porque esta formulação é cotidianamente utilizada, tornam extremamente difícil a conjugação da vontade dos condôminos que integram a edificação ou o conjunto de edificações. Basta imaginar em uma escritura pública de aquisição ou de alienação o indispensável comparecimento de todos os condôminos — ou pelo menos de uma significativa parcela dos mesmos — atuando em nome próprio. Adquirindo ou alienando em seu próprio nome.

É dificultoso, ainda, quando não se consegue a unanimidade dos condôminos para a realização destes negócios jurídicos. Resultando a aquisição para apenas alguns deles e, inevitavelmente,

impedindo a alienação de parte do conjunto de edificações, porque as áreas comuns são ligadas indissociavelmente a propriedade privativa de cada um dos condôminos.

O problema se agrava, intensamente, quando uma pequena parcela de condôminos se coloca contrária às modificações que a maioria da coletividade pretende realizar. Podendo se chegar a inviabilização do negócio jurídico, dada a oposição de poucos. Tudo em detrimento de uma coletividade maior e que, como finalística, representa a própria existência do condomínio em edificação. Estes existem para a maioria de seus membros e não para a submissão da vontade de poucos.

Basta tomar como exemplo a vontade da maioria da comunidade na aquisição de um terreno anexo ao condomínio, destinado à ampliação das áreas comuns e de lazer, pretendendo-se construir uma piscina, uma quadra de esportes ou aumentar o número de locais de estacionamento e guarda de veículos. Aqui, duas soluções são possíveis: a aquisição em nome de todos os condôminos — o que em muitos casos resulta em uma realidade impossível — ou a aquisição em nome daqueles que pretendem efetivar a aquisição, levando a extrema discriminação daqueles que não são proprietários das áreas adjacentes e, portanto, delas não podem usufruir.

O mesmo se diga em caso de alienação de partes que integram as áreas comuns de determinada edificação ou conjunto de edificações. O ato de alienação só poderá ser efetivado com a manifestação da vontade da integralidade dos condôminos, uma vez que, conforme determina o Código Civil, as partes comuns são integrantes da propriedade privada de cada um dos condôminos.

Do ponto de vista registrário, dado que a inscrição da propriedade imobiliária no direito brasileiro é constitutiva, a exemplo do direito suíço e do alemão, os lançamentos destas transformações se tornam extremamente dificultosas. As aquisições terão como titulares registraes a integralidade ou o grupo de condôminos que

manifestaram o interesse no negócio jurídico. Cabendo a cada um deles uma fração ideal no imóvel adquirido, em condomínio *comum* e não *especial*, necessitando a expressa vinculação deste novo imóvel ao condomínio edilício. De igual maneira, por disposição expressa no Código Civil, em seu artigo 1.320 e parágrafos, o pacto de indivisão de um condomínio *comum* só é possível pelo período de cinco anos, admitida uma única prorrogação, por igual intervalo de tempo, dado o caráter transitório desta forma de propriedade comum.

Da mesma forma, o problema se apresenta — até com maiores dificuldades — no caso de alienação das partes comuns. O novo fracionamento ideal das partes comuns pode acarretar profundas modificações nas propriedades individuais e, até mesmo, restrições indesejadas para os condôminos que acordaram em alienar parte da edificação ou do complexo imobiliário.

O problema revela, ainda, um transtorno as vezes intransponível, na maneira de se realizar os atos registrários em um registro imobiliário. Por certo, haverá uma insegurança jurídica no chamado “controle de segregação imobiliária”, originária da multiplicidade de titulares registrares sobre um mesmo imóvel, dificultando até mesmo que o particular que deseja obter uma informação precisa, clara e objetiva acerca de determinado imóvel em condomínio não a obtenha em sua plenitude. Considere-se, ainda, que no direito brasileiro, em matéria registrária, vigora o princípio da unitariedade ou unicidade imobiliária. Revelando que a cada imóvel corresponde uma matrícula, “folio” ou ficha de registro. O que dificulta a vinculação imobiliária antes referida.

Portanto, estas questões instigam o investigador, estando por merecer respostas à altura dos problemas antes referidos, como forma de melhor caracterizar esta forma de propriedade *especial* nos dias atuais.

O reconhecimento da *personificação jurídica plena* da propriedade horizontal é medida que se impõe, para que a mesma possa sobreviver sem maiores percalços no futuro. Tanto é assim que,

conforme mencionado anteriormente, a II Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal do Brasil, ao modificar o enunciado nº 90, passou a estabelecer: Art. 1.331 — *Deve ser reconhecida a personalidade jurídica ao condomínio edilício.*

Eis aqui o ponto de partida de todo o trabalho de investigação. A base jurídica é somente a frase prevista no Enunciado nº 90 das Jornadas de Direito Civil.

Neste momento, impõe considerar qual é o valor jurídico dos referidos enunciados destas importantes Jornadas de Direito Civil, organizadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

Por certo, não são eles jurisprudência ou súmulas, nem tampouco reveladoras das tendências dos tribunais brasileiros acerca dos temas existentes no Código Civil em vigor. Dado o pequeno intervalo de tempo da edição do mesmo, em vigor somente a partir de 10 de janeiro de 2003, o Poder Judiciário se dispôs a reunir, anualmente, um grupo de estudiosos do direito civil para discutir os critérios interpretativos das transformações ocorridas.

Portanto, integram a doutrina brasileira, sem maiores questionamentos por parte dos mais importantes autores nacionais, bem como serve de fundamento teórico para as futuras decisões judiciais. Constituindo-se verdadeira fonte do Direito, qual seja, a doutrina.

Neste contexto, é importante salientar o sentido norteador antes referido do § 3º do artigo 1º do *Zivilgesetzbuch*, que tomamos como importante marco teórico para toda a construção doutrinária que realizamos, em conjugação com o artigo 4º da LICC brasileira. Esta, muito embora não tenha a mesma força normativa do citado artigo do *Zivilgesetzbuch*, de igual forma aponta a possibilidade dos critérios interpretativos que se buscou investigar.

Como a solução para o *instituto* jurídico da *personificação dos condomínios edilícios* impõe uma construção doutrinária — mesmo porque são quase inexistentes as decisões judiciais sobre o tema —, tivemos o cuidado de escolher o método interpretati-

vo que melhor se amoldasse ao objetivo que perseguimos na investigação

Como primeira conclusão chegamos na necessidade de reviver os ensinamentos de FRANÇOIS GÉNY, a partir de suas definições segundo os critérios do “dado” e do “construído”, expressados em suas obras de referencia *Méthode D'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif* bem como sua complementação em *Science et Technique*.

Muito embora possa parecer pouco atual esta justificativa metodológica, é relevante afirmar, desde logo, que no trabalho estão presentes os dois modelos idealizados por GÉNY: o “dado”, consubstanciado nas disposições do Código Civil, sobretudo em seu artigo 1.331, bem como no Enunciado nº 90 das III Jornadas de Direito Civil antes referidas e, o “construído”, finalística do presente trabalho, quando se pretende demonstrar, a partir de uma construção jurídica eminentemente científica e dogmática, a possibilidade da *personificação jurídica dos condomínios em edifício*.

Da mesma forma, a superação passa A tipicidade dos direitos reais, mesmo naqueles países que adotam o sistema de *numerus clausus*, como é o caso do nosso, está intimamente ligada a evolução social, uma vez que a inserção de um novo direito visa atender a necessidade econômica da sociedade em determinado momento. Tem-se assim, como ponto cardeal para o surgimento de um novo direito real, a imperiosidade da sua legítima utilidade e rentabilidade.

Ensina CHRISTIAN ATIAS¹⁶ que, na atualidade, a própria evolução da sociedade e da economia reclamam o aparecimento de novas configurações jurídicas, para utilização em relações jurí-

16 ATIAS, Christian. *Destins du Droit de Propriété*, in *Droits*, Junho 1985, pp. 7 e ss. Neste sentido, também, WEILL, Alex; TERRÉ, François e SIMLER, Paul. *Droit Civil, Les Biens*, 4ª ed., Paris, Ed. Dalloz, 1992, pp. 47 e ss.

dico-reais mobiliárias ou imobiliária, tais como a multipropriedade e novos sistemas de hipotecas sobre a propriedade.

Em obra geral, o mesmo CHRISTIAN ATIAS¹⁷, adverte que na configuração jurídica de um patrimônio, entendido este em sentido estrito, o valor econômico do mesmo é fator da mais alta relevância, ou seja, sempre que possa ser medido em dinheiro. Desta forma, as contratações creditícias que são garantidas com um direito real, possuem um forte direito para a satisfação de seu crédito, em caso de inadimplemento. Ao se colocar, em favor do credor uma garantia real forte, como a *propriedade*, sempre estará presente a possibilidade de reembolso efetivo do crédito com o preço de venda da mesma.

Explicando esta fenomenologia, BÉNÉDICT FOËX¹⁸ aponta que nos dias atuais existe uma série de relações jurídicas entre uma pessoa e uma coisa que são, aparentemente, contrárias a *ratio* dos *numerus clausus*. São um bom número de direitos criados ou modificados essencialmente para responder corretamente às necessidades da vida prática, sem, necessariamente, atender às exigências da lei. Estas novas modalidades devem ser conformadas tendo por base não um processo legislativo normal, mas, a partir de uma redefinição dos *numerus clausus*, fundado nos princípios essenciais dos direitos reais, como tal estabelecidos no direito das coisas e no princípio da publicidade. A estes casos, novas modalidades de *propriedades* possuem o mérito de responder afirmativamente a tais necessidades e, possivelmente, reconhecer a entrada no mundo jurídico de um novo direito, a *expectativa real*.

Partindo desta situação fática, vemos um movimento de “*obrigacionização*” nas garantias, onde são abandonadas as garantias

17 ATIAS, Christian. *Les Biens*, 8ª. Ed., Paris, LITEC, 2005, p. 11 e 55.

18 FOËX, Bénédicte. *Le “numerus clausus” des Droits Réels en Matière Immobilière*, Études et Pratique, Payot Lausanne, Faculté de Droit de l'Université de Genève, Genève, 1987, p. 23 e 24.

reais e, paulatinamente, surgindo negócios econômicos com garantias pessoais, com é o caso específico dos seguros.¹⁹ Isto se deve, diretamente, ao primado do crédito frente a outras relações econômicas, onde estes encontram novas e interessantes aplicações.

A esta circunstância acrescentemos o crescente reconhecimento da *relativização*²⁰ dos direitos reais, deixando — mesmo dentro da categoria dos direitos privados — de possuírem um caráter extremamente absoluto, não podendo tal característica persistir nos dias atuais. De outra, o sentido *desmaterializador* dos direitos reais imobiliários²¹, como, por exemplo, o direito ao volume, partindo sua definição da dita misteriosa expressão de Jean CARBONNIER “*l’entrée dans le mond juridique de ces objects qui n’en son pás*”²²

Sentidos patrimonializantes que marcam um aspecto econômico e social como regra indispensável de circulação de riquezas, como adverte GÉRARD CORNU²³, que, também, vislumbra o fator de riqueza à desmaterialização como uma tendência financeira atual e para o futuro.

A autonomia do novo direito real é condição essencial para seu desenvolvimento. É pura visão enganosa aqueles que não admitem a capacidade do novo direito real em ser objeto de direitos

19 WIEGANG, Wolfgang. *Die Entwicklung des Sachenrechts in Verhältnis zum Schuldrecht*. In: *Archiv für die Civilistische Praxis*, n.º 190, Tübingen, 1990, p. 132

20 BAUR, Fritz e STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*, 17ª neubearbeitete auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munchen, 1999, § 2 A, p. 6 e segs. No mesmo sentido, PALANDT. *Bürgerliches Getetzbuch. Beck'sche Kommentare*, 64 neubearbeitete auflage, Verlag C.H. Beck, Munchen, 2005, p. 1347 e segs.

21 MAULARIE, Philippe e AYNÈS, Laurent. *Les Biens*. Ed. Defrénois, Paris, 2003, p. 17

22 CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les Biens. Les Obligations*. Vol II, PUF — Press Universitaires de France, edition “quadrige” Paris, 2004, p. 1594

23 CORNU, Gérard. *Droit Civil. Introduction. Les Personnes. Les Biens*, 10ª ed., Ed. Montchrestien, 2001, pp. 365/366.

fora do âmbito da lei que o criou. Esse pensar levaria, indiscutivelmente, a uma situação paradoxal no sentido da admissão de um direito real de *segunda categoria*, com aplicação limitada às hipóteses idealizadas pelo legislador ao estabelecer seu nascimento. E, também, é certo que o legislador, ao criar o novo direito real não poderia — porque seria uma situação amplamente visionária — determinar o campo de aplicação do direito real. Principalmente dada a mutabilidade, sempre constante, dos fatores econômicos que, a todo instante, possui a capacidade de idealizar novas situações obrigacionais que, de uma forma ou outra, necessitam que os negócios jurídicos sejam dotados de autonomia e garantia, para que se concretizem.

E não se pense, com isto, em uma agressão ao sistema de *numerus clausus* existente em nosso direito, secularmente admitido. Porém, estes, de acordo com sua própria *ratio*, que não é de entendimento fácil na atualidade, como bem aponta BÉNÉDICT FOËX²⁴, devem responder aos seguintes postulados: a) a contribuição da publicidade dos direitos reais; b) a clareza da existência dos mesmos, para os terceiros, permitindo a estes sua previsibilidade, de forma a permitir seu conhecimento e o seu conhecer; c) especialmente em matéria imobiliária, afasta a existência de direitos que esvaziem a propriedade, em sua própria substância; d) é uma regra moral, que bane do direito das coisas certos direitos que ainda não possuem uma definição clara; e) uma função de ordem ética, dada as diversas relações que podem existir entre uma pessoa e uma coisa, protegendo o proprietário de diversos ônus e cargas excessivos, para solucionar os domínios e controvérsias do direito das coisas; facilitar a aplicação de certas regras e princípios próprios de uma categoria dos direitos reais, como o princípio de seu *nascimento*, facilitando sua introdução no universo jurídico.

Assim, a *ratio* dos *numerus clausus*, como aponta o Professor suíço, não pode ser um obstáculo para a recepção de novos direi-

24 FOËX, Bénédicte — ob.cit., pp. 28, 29, 35 a 39, principalmente.

tos reais, sendo raros os casos em que o legislador, depois de entender importante o seu nascimento, não admita a sua autonomia da fonte que o criou. Existindo, assim, uma necessidade, sempre presente, de uma certa flexibilização do *sistema*, para atender os novos modelos econômicos e sociais.

O surgimento de um novo direito real no ordenamento jurídico nacional deve responder, afirmativamente, a duas questões: a) atende ao sistema de *numerus clausus* que adota o direito brasileiro?; b) é um direito real *típico*? Vale dizer, possui todas as características e signos conformadores do mesmo, para que possa ser amplamente utilizado, quer dentro da legislação que o criou quer para outras situações não idealizadas pelo legislador? Até porque o fenômeno social está sempre à frente do jurídico, impondo ao intérprete o conhecimento acerca da possibilidade de utilização do novo direito para os casos ainda não existentes no momento em que o mesmo surgiu.

Ensina BÉNÉDICT FOËX²⁵ que a *ratio* de *numerus clausus* de direitos reais não é fácil, pois não se trata de uma regra isolada, sem justificação. Ao contrário, se integra em um sistema coerente, participando da organização dos direitos, para possibilitar as seguintes funções:

a) a contribuição da publicidade dos direitos reais. Sendo um instrumento de conhecimento de um direito real sobre o objeto;

b) a *clareza* da existência dos mesmos, para um terceiro. Sendo dotado de uma *previsibilidade*, de forma que os interessados possuem seu conhecimento e o conhecem. É a previsibilidade que favorece aos terceiros. A oponibilidade estabelece que os terceiros deverão respeitar as relações das pessoas com suas coisas;

c) de proteção da liberdade da propriedade, especialmente em matéria imobiliária, afasta a existência de direitos abandonados

25 Ob.cit., p. 28 e ss.

da propriedade em sua substância. O titular do direito pode dar a sua propriedade os contornos que melhor lhe convier. O legislador, somente na forma da propriedade imobiliária pode definir estes contornos e, na mobiliária, tais contornos são mais amplos, dada a maior autonomia das partes;

d) é uma regra de ordem ética e moral, que retira (bane) dos direitos das coisas certos direitos que ainda não possuem uma definição clara, uma vez que são diversos os tipos de relações que podem existir entre uma pessoa e uma coisa. A regra moral tem a finalidade de limitar o número de direitos reais como forma de proteger o proprietário contra ônus reais extremamente excessivos. Esta função é essencial para a realização de soluções dos domínios e controvérsias do direito das coisas.

Da mesma forma, facilita a aplicação de certas regras e princípios próprios a uma categoria de direitos reais, como o princípio de seu nascimento.

Portanto, para o Professor da Universidade de Genebra:

“La liberté de la propriété prend les pas sur la liberté contractuelle”²⁶

De outra parte, a *ratio* de *numerus clausus* não pode se constituir em um obstáculo para a recepção de novos direitos reais. Raros são os casos em que o legislador, após realizar a conformação de um novo direito real, chega a conclusão de que o mesmo é indesejável e, portanto, de maneira a inviabilizar sua aplicação.

A verificação da aplicação de um novo direito real, dentro do sistema de *numerus clausus* é extremamente delicada. É dependente de uma presença de um caso particular que só pode ser resolvido com a admissão de uma nova modalidade de direito real. Introduções estas que não encontram maiores dificuldades no campo do direito obrigacional.

26 Ob. cit., p. 31

Assim:

“l’introduction d’un ou deux droits réels limités nouveaux, spécialement biens adaptés aux nécessités de la vie économique actuelle pourrait lui donner une vigueur et une <respectabilité> accrues.”²⁷

Entretanto, é certo que a doutrina do *numerus clausus* é contrária a liberdade contratual e a autonomia das partes. De igual forma, é absolutamente certo que existe uma impossibilidade, por motivos jurídicos, de caráter objetivo: o contrato que estabelece um direito real não previsto na legislação é nulo.

Dentro da *ratio* dos direitos reais, para HENRI DESCHE-NAUX²⁸ a forma é livre, não podendo o registrador imobiliário entender que o acesso ao álbum imobiliário é dependente de forma autêntica, isto é, forma notarial, se a lei assim não exige. Existindo exigência legal e, somente neste caso, se constata a existência de um ato ilícito.

Já, desde um ponto de vista eminentemente obrigacional, PIERRE ENGEL²⁹, ao discorrer sobre o direito federal suíço, entende que a regra contida no artigo 793, 2, do Código Civil é uma proibição estatuída pelo direito federal, que a comina com a taxaço de nulidade.

A natureza jurídica dos *numerus clausus* é controvertida. Em síntese, se trata de uma restrição ao direito de propriedade, intimamente ligada ao direito de disposição. É o direito de dispor da coisa, dentro do feixe de atribuições que possui seu titular que se

²⁷ FOËX, ob. cit., p. 39

²⁸ DESCHE-NAUX, Henri. *Le Registre Foncier*. In: *Traité de Droit Privé Suisse*, Vol. II, Tome II, 2, Fribourg, Editions Universitaires, 1983, p. 414

²⁹ ENGEL, Pierre. *Traité des Obligations en Droit Suisse*, 2^a. Ed., Berne, Stäem- plif Editions, 1997, n. 60., pp. 271/272.

“Art. 793 A. Conditions I. Formes du gage immobilier¹ Le gage immobilier peut être constitué sous forme d’hypothèque, de cédula hypothécaire ou de lettre de ren- te.² Toute autre forme est prohibée.»

torna restrito. Porém, nunca o proprietário de um bem — seja móvel ou imóvel — será obrigado a constituir um direito real, realizando, por conseqüência, a diminuição de seu ativo.

Para FOËX³⁰, existem duas modalidades de restrições que podem ser efetuadas no poder de disposição do proprietário de um bem, considerando o *numerus clausus*: a) de direito privado, é dependente da vontade de seu titular; b) pública, que atende, preponderantemente, ao interesse público, frente aos particulares.

Estas restrições que o Professor chama de *radiações*, responde a alguns critérios de interesses, sejam eles privados ou públicos.

O primeiro destes critérios é o do *interesse preponderante*, intimamente ligado às restrições de direito público. O Poder Público ao taxar, exaustivamente a existência de direitos reais, o faz em proteção ao particular. Levando em consideração, também, o interesse público.

Da mesma forma, os *numerus clausus* atendem ao critério ou princípio da *causalidade*. A causa para a criação do direito real é diretamente responsável para seu surgimento. Se a causa, conforme visto, é nula, por conseqüência, o direito real, também, é nulo. Da mesma forma se estivermos diante de um conteúdo impossível. A impossibilidade revela, da mesma forma, a nulidade.

A existência do princípio de *numerus clausus* no direito brasileiro leva, em breve conceituação, que novos direitos reais só podem passar a existir a partir da vontade do legislador.

Conforme já assentado, é enganosa a conclusão de que os direitos reais são, somente, aqueles estabelecidos no Código Civil. Primeiramente, o já denominado *sistema de direito civil* compõe-se de *micro-sistemas*, onde podemos visualizar a existência de um *micro-sistema de garantias*, englobando todas as espécies ou modalidades novas, inerentes a fenomenologia da constante mutação econômica, possibilitando o aparecimento, no cotidiano, de novas garantias reais, sejam mobiliárias ou imobiliárias.

30 FOËX, ob.cit., p. 81

Entretanto, neste particular, é de vital importância o conhecimento acerca da *tipicidade* do novo direito real de garantia. Vale dizer, se a vontade do legislador em elastecer o *microsistema de garantias* é capaz de oportunizar o surgimento de um direito real típico. Caso contrário, a *atipicidade* impõe a negativa do estabelecimento deste novo direito, como verdadeiro direito real. Deixando, ao menos, que o mesmo possa se mover dentro da categoria dos direitos obrigacionais, onde a categoria não tem nenhuma relevância, em virtude do princípio da autonomia da vontade.

Sobre este, importa notar que, mesmo no contexto existente no Código Civil, com o surgimento ou a reafirmação de princípios já consagrados na doutrina e na jurisprudência, como são os casos do *princípio da boa-fé* contratual e o *princípio da função social do contrato*, não retiram a autonomia contratual. É possível se admitir, quando muito, a mitigação ou a restrição da autonomia da vontade, fundada na obrigatoriedade da boa-fé e de que as partes, ao contratarem, devem sempre perseguir a funcionalidade social da contratação. Princípios, desde nosso ponto de vista e em matéria obrigacional, difíceis de serem dissociados.

A resposta correta a estas indagações podem ser conseguidas a partir da análise da *tipicidade* dos direitos reais, para se concluir, com acerto, se o legislador, ao criar um novo direito e denominá-lo de direito real, estaria — ou não — querendo se referir a um direito real típico. Somente os direitos reais típicos possuem autonomia e, por conseguinte, podem ser utilizados por qualquer pessoa, seja física ou jurídica, sem restrições. Aliás, restringir a utilidade de um direito real perfeitamente conformado e caracterizado, a nosso aviso, se configura um verdadeiro retrocesso, seja no campo do direito, seja no da economia, onde certamente sua utilização se irradiará.

ALESSANDRO NATUCCI³¹ adverte que é extremamente fácil negar ou afirmar que os direitos reais são típicos. Contudo,

31 NATUCCI, Alessandro. *La Tipicità dei Diritti Reali*, 2ª ed., CEDAM — Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1988, p. 177 e segs.

segundo o próprio autor, esta dicotomia não é simples como parece.

Em primeiro lugar, deve-se saber se o direito real atende a um *critério prático*, renunciando a construção de um conceito abstrato, pois, precisamente, o surgimento de um direito real típico é devido a um caso prático a ser resolvido.

Partindo dessa premissa, chegamos à conclusão de que, também, deve estar presente, essencialmente, o critério de *justificação causal*. A causa é fator, também, determinante para que um novo direito possa ser considerado típico.

A motivação da criação de um direito novo deve atender a uma praticidade e a uma causalidade. Sem uma causa dita justa, capaz de atender às novas necessidades sociais e econômicas, não gera a praticidade do instituto que se pretende introduzir. De nada serve a entrada de um direito novo no ordenamento jurídico se não dispor de uma utilidade para a sociedade, principalmente diante dos novos modelos econômicos.

Sendo afirmativa a resposta a estes dois critérios, ou seja, o novo direito real possui uma justificação para seu aparecimento e, ao mesmo tempo pode ser desenvolvido satisfatoriamente na prática, nos encontraremos diante de uma nova indagação. Esta acerca da própria origem do novo direito: se ele atende, ou não, à *disciplina legal*.

No caso do direito brasileiro, o atendimento à disciplina legal está vinculada, necessariamente, a origem do novo direito real. Este deve ser fundado na lei, sendo, portanto, dependente de um prévio processo legislativo.

Contrariamente, no direito suíço, entende FOËX³² que o costume, a analogia, esta dentro dos mais estritos critérios, são capazes de realizar o nascimento de um novo direito real, frente à

32 FOËX, ob. Cit., ns. 265 e 275, pp. 128 e 133, respectivamente.

uma possível lacuna legislativa e diante de um critério eminentemente prático. Portanto, estes princípios são capazes de derogar o sistema de *numerus clausus*.

Em nosso sistema, entretanto, para o surgimento de um novo direito real, devem estar presentes, necessariamente e, ao mesmo tempo, a imperiosidade da sua legítima utilidade e rentabilidade. Acrescente-se que as relações jurídicas dele derivadas podem atingir direitos de terceiros, impondo seu completo delineamento, para assegurar a todos aqueles de boa-fé a garantia, objetiva, desta proteção.

Da mesma forma, devem ser analisados os critérios inerentes à possibilidade da larga utilização de um direito real típico, integrante do sistema de *numerus clausus*.

Respondendo a este questionamento, NATUCCI³³ estabelece que a modificação do conteúdo da propriedade, mediante um estreitamento, pode ser distinguida de duas formas: a) modificando e ampliando o seu conteúdo; b) modificando e restringindo seu conteúdo.

Concluimos, assim, que a tipicidade dos direitos reais no Brasil está vinculada, diretamente, às modalidades impostas pelo legislador. Entretanto, é equivocado se pensar que a vontade legislativa impõe, desde uma visão extremamente formalista e porque não chamar de obtusa que, um novo direito real que atende a praticidade e a uma causalidade, não comporta uma vida própria e independente.

Seria impossível e, até mesmo equivocado, que o nascimento de um novo direito real se desse pela modalidade de estreitamento de seu conteúdo ou campo de aplicação. Em sentido oposto, este surgimento se dá com a partir da modalidade de modificação e ampliação.

33 NATUCCI, ob.cit., p. 245.

A ampliação atende, perfeitamente aos critérios norteadores da tipicidade, de acordo com a necessidade para sua inserção no ordenamento jurídico, bem como a sua rentabilidade. Somente assim, é possível se falar em *justificação causal e praticidade* do novo instituto.

Sendo típico e, ao mesmo tempo integrante do sistema de *numerus clausus*, pode e deve ter autonomia. Esta entendida como a possibilidade de ser aplicada segundo sua legítima utilidade e rentabilidade. Estando aí a causalidade e a praticidade indispensável para seu acolhimento no ordenamento jurídico.