

Pressupostos teóricos para a personificação jurídica dos condomínios em edificações*

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, imanescentes 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.

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

* Conferência proferida no Congresso Luso-Brasileiro de Cultura Jurídica, Rio de Janeiro, Setembro de 2008.

** Pós-Doutor em Direito na Suíça – Gêneve/Friburg. Doutor em Direito pela Universidad de Valladolid – Espanha. Professor Adjunto de Direito Civil na UnB – Universidade de Brasília. Advogado.

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

2 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht : eine Zwischenbilanz (Direitos Fundamentais e Direito Privado)*, Berlin: W. de Gruyter, 1999, Tradução Portuguesa, por Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, pp. 27/28

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 vivas, 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 *infraconstitucionais*, formando no caso do direito civil o *novo sistema*, fundado não somente na solidariedade, como vêm 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

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

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 civilistica* 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 bra-

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

5 Ob.cit., p. 172.

sileiro 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 multiseculares em relação à mesma.

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 – envolvidos 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 à propriedade privada, deixando de enfrentar suas novas características – multifacetárias, 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 as 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, multisecular, 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 *redéfinir le droit de propriété*, foi o caminho perseguido pela maciça 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 *propriétés*, para admitir, unicamente, o seu conteúdo singular, *propriété*.

Resultante desta análise, encontramos o direito de *propriété* ou os *droits de propriétés*, como bem já definia LOUIS JOSSERAND no início do século passado e tão bem compreendido por STEFANO RODOTÁ ao denominá-lo *il terrible 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 propriedade.⁶ Sentido questionado e reconhecido, também, por GEORGES RIPERT, já na década de 50, ao idealizar um conceito de *propriétés* em oposição ao clássico entendimento de *propriété*:

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 *sistematização* da ordem pública, pela moral e pelas normas imperativas.⁸ E, é principalmente a partir deste princípio que surgem os no-

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 1995), Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1998, p. 210.

8 CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les Obligations*. T. II, 1ª ed. « Quadrige », Paris: PUF (Press Universitaires de France), 2004, p. 2036.

vos direitos reais, ligados às exigências e necessidades de interesses concretos, existentes na realidade do tráfico 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 legítima 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* vigente.

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.

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

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.

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 CANOTILHO¹⁰, 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*.

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

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 HOTTELIER¹¹. 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.

No direito helvético, ainda como matriz constitucional, estes doutrinadores¹² 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 freqüentes 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.

11 AUER, Andreas, MALINVERNI, Giorgio e HOTTELIER, Michel. *Droit Constitutionnel Suisse*, Tome II, Les Droits Fundamentaux, 2ª ed., Berne: Stäempli Editions, 2006, ns. 66 a 68, pp. 29 e 30. Anote-se, ainda, que na atualidade, os constitucionalistas já começam a falar em direitos fundamentais de *quarta geração*.

12 Ob.cit., pp. 374 e segs.

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 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 sobrepasses 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.

Expressar 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 à 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.¹³

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

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

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

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.¹⁴

2. A autonomia da vontade como fator determinante para a personificação das comunidades de co-proprietários em edificações.

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 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

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

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* da comunidade de proprietários em condomínios em edificações. Sentido revelado sem o desconhecimento do reconhecimento da capacidade postulatória permitida expressamente pelo Código de Processo Civil.

Entretanto, é indispensável à 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 em edificações 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 em edificações 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 em edificações 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 em edificações 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 em geral. Sendo assim, todos os critérios para se tentar vislumbrar a totalidade das relações jurídicas de peculiar interesse dos condomínios em edificações estão sujeitos a falibilidade, dado o caráter mutante cotidiano das mesmas.

Como antes apontado, o Código Civil deixou de, expressamente, dotar a comunidade de proprietários em condomínio em edificações em de uma

personificação jurídica. Entretanto, não impediu a atuação do interprete de visualizá-lo como ente personalizado. Prova disto é que a personificação jurídica da comunidade de proprietários em condomínio em edificações foi 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 às 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 *la 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 *Propriétés par Étages* 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 coordenada pelo 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 da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações para a realização de suas atividades em prol de seus integrantes. Principalmente se estivermos diante de um grande em-

preendimento imobiliário, composto por dezenas de comunheiros ou mesmo em condomínios edilícios de menor porte, quando, para ambas as 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 a da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações 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 uma comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações 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 – da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações 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 a comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações realizar contratos de locação de mão-de-obra, ao ter em seus quadros um sem número de empregados, sendo responsável, 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 a comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações 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 exemplo, por inadimplemento contratual.

Nisto, o simples reconhecimento legislativo de uma capacidade postulatória a da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações – que pode ser traduzido na possibilidade jurídica de estar em juízo ativa ou passivamente, sendo muito mais uma *personificação processual* – não esgota toda a problemática que o tema encerra. Por óbvio, é possível que a comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações 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 devem ser suportadas pela da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações.

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 da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações que, de alguma forma, serão, ao final, responsabilizados pelo pagamento ou cumprimento obrigacional, de discussões judiciais propostas ou defendidas pela comunidade e que não lograram êxito.

Consideremos, ainda, como simples exemplificação, a possibilidade de imputação dos efeitos de um processo onde a comunidade 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 encerram 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 CC vigente, com a norma expressa em seu art. 1.331.

Sendo assim, é forçoso reconhecer a mera ficção jurídica da capacidade postulatória da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações, 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, a comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações 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 art. 14 do Código de Processo Civil. Por um lado, é inquestionável, desde um primeiro momento, que estamos diante da responsabilidade civil da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações. 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 da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações 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 reconheçêssemos 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 à 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 da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações 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 da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações, 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 à inviabilização do negócio jurídico, dada a oposição de poucos. Tudo em detrimento de uma coletividade maior e quem, como finalística, representa a própria existência da comunidade de coproprietários em condomínio em edificações. 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 CC, 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 a comunidade de coproprietários em condomínio em edificações. De igual maneira, por disposição expressa no CC, em seu art. 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 às 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 registrais 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 comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações em propriedade vertical ou 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.

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 bi-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 funda-

mento 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* [denominação um tanto imprópria como veremos no decorrer deste trabalho] impõe uma construção doutrinária – mesmo porque são quase inexistentes as decisões judiciais sobre o tema -, tivemos o cuidado de escolher o método interpretativo 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 referência *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 CC, sobretudo em seu art. 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 da comunidade de co-proprietários em condomínio em edificações*.

Da mesma forma, a superação passa pela tipicidade dos direitos reais, mesmo naqueles países que adotam o sistema de *numerus clausus*, como é o caso do nosso, está intimamente ligada à 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 cardinal para o surgimento de um novo direito real, a imperiosidade da sua legítima utilidade e rentabilidade.

Ensina CHRISTIAN ATIAS¹⁵ que, na atualidade, a própria evolução da sociedade e da economia reclamam o aparecimento de novas configurações

15 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.

jurídicas, para utilização em relações jurídico-reais mobiliárias ou imobiliária, tais como a multipropriedade e novos sistemas de hipotecas sobre a propriedade.

Em obra geral, o mesmo ATIAS¹⁶, 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.

Partindo desta situação fática, vemos um movimento de *obligacionização* nas garantias, onde são abandonadas as garantias reais e, paulatinamente, surgindo negócios econômicos com garantias pessoais, com é o caso específico dos seguros.¹⁷ 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*¹⁸ 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 imobiliários¹⁹, como, por exemplo, o direito ao volume, partindo sua definição da dita misteriosa expressão CARBONNIER “*l’entrée dans le mond juridique de ces objects qui n’en son pás*”²⁰

Sentidos patrimonializantes que marcam um aspecto econômico e social como regra indispensável de circulação de riquezas, como adverte GÉRARD CORNU²¹, que, também, vislumbra o fator de riqueza à *desmaterialização* como uma tendência financeira atual e para o futuro.

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

17 WIEGANG, Wolfgang. *Die Entwicklung des Sachenrechts in Verhältnis zum Schuldrecht*. In: *Archive für die Civilistische Praxis*, nº 190, Tübingen, 1990, p. 132.

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

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

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

21 CORNU, GÉRARD. *Droit Civil. Introduction. Les Personnes. Les Biens*, 10ª ed., Paris: Ed. Montchrestien, 2001, pp. 365/366

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 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 à 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.

3. A Personificação Jurídica da Comunidade de Co-Proprietários em Condomínios Especiais em Edificações

Consoante estabelecido anteriormente, a verdadeira tese que buscamos desenvolver é a demonstração da necessidade e imperiosidade do reconhecimento da personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações.

A nosso aviso, para o perfeito estudo acerca da personificação jurídica da comunidade de co-proprietários, devemos discorrer sobre os seguintes aspectos:

a) **a caracterização das pessoas jurídicas.** Abarcando, não somente seu conceito, mas, também, as modalidades de pessoa jurídica [personne morale, juristisch Person, persona giuridica] existentes nos direito suíço e brasileiro. Visualizando a possibilidade de introdução no universo jurídico destes países de uma nova espécie de pessoa jurídica ou pessoa moral.

Para tanto, se impõe a explicação que não pretendemos discorrer sobre as teorias inerentes às mesmas em ambos os países. Simplesmente enunciaremos posicionamento da melhor doutrina.

b) **a verificação de existência e alcance da personificação processual da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações.** Porquanto a capacidade processual está presente, também, nos dois países.

Neste aspecto, temos duas diferenças marcantes: para o direito suíço está contida no próprio ZGB desde sua reforma em 1965. Enquanto que no direito brasileiro, a personificação processual tem origem em época mais recente, em 1973, por disposição legal expressa no Código de Processo Civil brasileiro.

c) **a importância da personificação jurídica da comunidade de proprietários em condomínios especiais em edificações.** Primeiramente, analisando quais os motivos que levam o intérprete ao tentar estabelecer a possibilidade de existência da personificação jurídica. Em um segundo momento, a finalidade específica da personificação jurídica. Abrangendo seu âmbito de aplicação, suas modalidades e os fins a que se destina.

d) **a diferenciação da personificação da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações e outros entes despersonificados.** Tais como a massa falida e o espólio.

Para atingir estes objetivos o marco inicial da presente tese é duplo:

I) normalmente, a doutrina e a jurisprudência, tanto da Suíça quanto do Brasil, têm se posicionado, majoritariamente, pela não admissão de personificação jurídica das comunidades de co-proprietários em condomínios especiais em edificações. A negação se funda, principalmente, pela não disposição expressa em ambos direitos [quer dizer, por lei] desta espécie de personificação jurídica.

Isto é devido à inexistência de norma semelhante à Lei Francesa nº Lei nº 65-557, de 10 de julho de 1965, que em seu art. 14 confere aos sindicatos de co-proprietários em condomínios especiais em edificações uma personificação moral.

Contudo, procuraremos demonstrar que, mesmo frente à inexistência de uma norma jurídica expressa sobre a personificação jurídica, esta não é motivo para que, na atualidade, a doutrina e, em um segundo momento, a jurisprudência, não possam passar a admiti-la.

Daí, para um segundo marco inicial.

II) parte da doutrina destes países, embora muitas vezes de maneira tímida, passam a tratar do tema. Colocando em dúvida a imutabilidade conceitual até então dominante, pela negativa da personificação jurídica.

Assim, alguns doutrinadores de ambos os países, embora não admitam amplamente esta posição de vanguarda, vislumbram os benefícios que podem advir do reconhecimento da personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações. Muitos visualizam um sistema híbrido, negando a personificação jurídica plena, mas reconhecendo em determinados casos que esta se assemelha a uma pessoa jurídica, tendo como base, por exemplo, as sociedades e associações.

No direito brasileiro, convém lembrar que o melhor grupo de intérpretes do CC, reunidos nas Jornadas de Direito Civil, promovidas a cada dois anos

pelo Conselho de Justiça Federal, recentemente, reconheceram a personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações. Restando, portanto, sua conformação e campo de atuação.

Uma vez definidos os limites iniciais para a investigação da personificação jurídica das comunidades de co-proprietários em condomínios especiais em edificações, impõe-se a definição de seu marco metodológico. O recurso ao método propiciará uma melhor compreensão do atual estágio da problematização aqui estabelecida.

Para tanto, devemos reconhecer a necessidade do recurso a um pensamento sistemático, destinado a verificação do ordenamento jurídico, com a existência – ou não – de lacunas na lei, que possam recepcionar a entrada no universo jurídico da personificação da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações.

O método e o pensamento sistemático têm, a nosso aviso, como marco inicial, o exame do direito a partir de conceitos amplamente assentes na doutrina e, principalmente, no reconhecimento das seguintes situações jurídicas:

a) no direito suíço, a possibilidade do recurso à doutrina e a jurisprudência, de acordo com o estabelecido no art. 1º, al. 3 do ZGB;

b) no direito brasileiro, dada a falta de disposição semelhante ao art. 1º, al. 3 do ZGB, a possibilidade da entrada no mundo jurídico do direito novo mediante seu delineamento pela doutrina e, de alguma maneira, em um segundo momento, pela jurisprudência.

a) A Personificação Jurídica da Comunidade de Co-proprietários em condomínios especiais em edificações não é Vedada por Lei.

O reconhecimento da personificação jurídica de uma comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações só não seria possível se, no direito suíço e brasileiro, existissem disposições legais expressas que o vedasse.

Ao contrário, podemos verificar, desde logo, a inexistência de norma jurídica dispendo sobre a mesma, deixando estas comunidades sem um delineamento jurídico específico, atraindo, por conseguinte, um primeiro entendimento doutrinário de que o silêncio do legislador impediria o estabelecimento de sua personificação.

Seria a admissão de que o silêncio legislativo, tido como *silêncio qualificado*, leva a impossibilidade da conformação do direito novo. Mas não é isto que ocorre.

Em realidade, nos dias atuais não mais se concebe a existência de uma regra geral negativa, conduzindo a consideração de um direito sem lacuna. Concebido segundo o adágio: *lex semper loquitur*. Isto porque, muitas vezes, segundo os critérios interpretativos, pode-se chegar à conclusão que o silêncio qualificado, tido como lacuna propriamente dita, comporta uma argumentação.²²

Neste momento, é imperativo o reconhecimento da diferenciação proposta por GÉNY²³ entre dois universos: a) o *dado*; b) o *construído*. Por certo, em nosso estudo, estamos diante da necessidade de uma construção sistemática, frente à inexistência de uma norma jurídica concreta – *silêncio qualificado* – que permita a personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações. E, realizaremos uma construção, tendo em vista, como amplamente mencionado, a não posituação da mesma, quer no direito suíço, quer no brasileiro.

Desde um pensamento sistemático a que se refere CANARIS²⁴, a *abertura* do mesmo e o reconhecimento de sua inevitável *mobilidade* no tema que ora se estuda, leva, inquestionavelmente, ao recurso dos métodos interpretativos. Isto porque, também, é certo que a admissão da personificação jurídica impõe seu reconhecimento pela doutrina e, de certa forma, pela jurisprudência.

O reconhecimento da necessidade de interpretação e a forma de realizá-la são imperativos, mesmo porque, em ambos os ordenamentos jurídicos, não há vedação expressa da entrada do direito novo. Ao contrário, podemos reconhecer que, dado ao atual estágio doutrinário e jurisprudencial, estamos diante da

22 Assim, LARENZ, Karl – *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Metodologia da Ciência do Direito)*, 6ª ed., Springer-Verlag, Berlim-Heidelberg, 1991, trad. José Lamego, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 526 e segs; CANARIS, Claus-Wilhelm - *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, München: Duncker und Humblot, 1983, p. 49 e segs.; MEIER-HAYOZ, Arthur – *Berner Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Einleitung und Personenrecht I. Abteilung. Engeleitung*. Berne: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1966, nº 289, p. 152; MEIER-HAYOZ, Arthur – *Der Richter Als Gesetzgeber*, Zürich : Juris Verlag, 1951, p. 75 e segs; DESCHENAUX, Henri – *Traité de Droit Civil Suisse, Tome II, I, Le Titre Préliminaire du Code Civil, Droit des Personnes*, Fribourg : Éditions Universitaires Fribourg, 1969, § 12, pp. 90/91 ; STEINAUER, Paul-Henri - *L'Interpretation des Silences du Législateur à l'aide des Arguments a Contrario, a Simili et a Fortiori*. In : Les Règles d'Interpretation (principes communément admis par les juridictions) – Enseignement de 3e. Cycle de Droit 1988, Fribourg : Éditions Universitaires, 1989, p. 41, nota 1.

23 GÉNY, François – *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, 2eme. Ed., Tome I, Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1919.

24 CANARIS, Claus-Wilhelm - *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito)*, 2. auf., Berlim: Duncker und Humblot, 1983, trad. A. Menezes Cordeiro, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 103.

plena possibilidade de sua admissão. Necessitando, unicamente, em um primeiro momento, da sua perfeita conformação. E, em um momento posterior, de sua adequação e modelação, destinados ao seu correto desenvolvimento.

Em um primeiro plano, é indispensável considerar o acertado ensinamento de LARENZ²⁵ de que uma lei, mesmo cuidadosamente pensada, não contempla, quando de sua edição, todas as múltiplas soluções acerca da matéria que pretende regular. Existindo, por conseguinte, as *lacunas da lei*.

Desta forma, também, é impositivo admitir que frente à *insinuação* da lei para a formação de novas idéias jurídicas²⁶ entra em jogo o papel do intérprete para a conformação do novo instituto jurídico.

A fim de estabelecermos os parâmetros da investigação da personalidade jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações, devemos responder aos seguintes questionamentos:

I) existe nos ordenamentos jurídicos suíço e brasileiro disposições expresas acerca desta modalidade de *personificação jurídica*?

II) se não existe tal disposição, as normas jurídicas encontradas nestes ordenamentos permitem interpretação? Vale dizer, o intérprete é capaz de reconhecer a lacuna da lei, sendo esta tida como *lacuna verdadeira*?

III) as lacunas, porventura encontradas, permitem uma interpretação sistemática, destinada ao estabelecimento da *personificação jurídica*, pela tarefa da doutrina e, também, pelo desenvolvimento jurisprudencial?

Entendemos que, se respondermos afirmativamente a tais questionamentos, não há motivação – no plano jurídico – para a continuidade de negação da personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações. Restando daí, unicamente, a formatação do novo instituto, de modo a lançá-lo, corretamente, no ordenamento e aplicá-lo aos casos concretos.

I) A personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações não está prevista na legislação

Resultando da correta análise da legislação brasileira, em um primeiro momento, não se verifica a existência de norma acerca da personificação ju-

25 LARENZ, ob. cit., p. 519.

26 Neste contexto é imperativo reconhecer que a formação de novas idéias jurídicas não é privilégio do *direito judicial* conformado por LARENZ. Mas, também, por obra da doutrina, como é forçoso se admitir a partir do art. 1º, al. 3 do ZGB, bem como, mesmo em menor medida, do art. 4º da LICC.

rídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações.

Isto é, contrariamente à legislação francesa que expressamente reconhece a personalidade moral do sindicato de co-proprietários, há o *silêncio da lei*, vg, do Código Civil e da Lei nº 4.591/64, sobre a personificação. Levando aos seus intérpretes idealizar sua negação.

Entretanto, a aproximação a seu conceito é estabelecida quando o § 3º do art. 63, da Lei nº 4.591/64 permite a comunidade de co-proprietários o direito de aquisição preferente aos terceiros, em caso de público leilão de uma das unidades autônomas da edificação em construção, na hipótese de impontualidade no pagamento das prestações por seu adquirente. Confira-se o texto legal:

Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando fôr o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nêle se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.

§ 3º No prazo de 24 horas após a realização do leilão final, **o condomínio**, por decisão unânime de Assembléia-Geral em condições de igualdade com terceiros, **terá preferência na aquisição dos bens, caso em que serão adjudicados ao condomínio.**

Disto resulta a indagação recorrente no presente estudo²⁷: como se admitir tal aquisição da propriedade plena, sem o prévio reconhecimento de uma *personificação* jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações [*condomínio*, no sentido do citado art.]?

Isto porque, para o direito brasileiro, os entes despersonalizados não podem adquirir, em seu nome, qualquer modalidade de propriedade [mobiliária ou imobiliária] e, no caso em exame, por ser uma verdadeira propriedade imobiliária, também, não pode figurar no registro imobiliário.

Desta forma, o *silêncio da lei* acerca do reconhecimento da *personificação* jurídica da comunidade de co-proprietários estaria em desconformidade com

27 Indagação que também é constante no pensamento de JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA. Cfr. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de – *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1979, p. 120 e segs.

o § 3º do art. 63 da Lei nº 4.591/64? Ou, em sentido inverso, o disposto no citado parágrafo faz com que seja reconhecida como inexorável a intenção legislativa do reconhecimento desta *personificação*?

Por certo, e mais uma vez tendo por fundamento as concepções de LARENZ, antes mencionadas, o legislador brasileiro não poderia, ao tempo da edição da Lei nº 4.591/64, prever todas as modalidades do direito. Bem como todas as facetas que encerram os condomínios especiais em edificações.

Assim, é imperativo a visualização de uma verdadeira *lacuna na lei* para o presente caso.

Portanto, seja para o direito suíço, seja para o brasileiro, concluímos pela inexistência de disposições expressas sobre a personificação jurídica das comunidades de co-proprietários em condomínios especiais em edificações. Respondendo, assim, a primeira das indagações.

II) A lacuna da lei acerca da personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações

Ao ser correto o entendimento que as duas legislações deixaram de tratar da *personificação [silêncio da lei]*, é, também, forçoso se admitir que ambos ordenamentos jurídicos deixam *lacunas verdadeiras* a respeito dos mesmos.

Por *lacunas* devemos entender a incompletude da lei, formando uma disposição insatisfatória da norma, de maneira a não fornecer a regra correta para a solução da controvérsia.²⁸

Em um sentido mais explícito e amplo, MEIER-HAYOZ:

Unter einer Lücke im Gesetz versteht man das Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung. Sie ist im schweizerischen Privatrecht durch Gewohnheitsrecht und auf dem Wege freier richterlicher Rechtsfindung auszufüllen.²⁹

Da mesma forma, CANARIS:

É uma incompletude contrária ao plano dentro do direito positiva (isto é, da lei, no quadro do seu sentido vocabular possível e do direito consuetudinário) determinada pelo critério do ordenamento jurídico global vigente.³⁰

28 cfr. DESCHENAUX, Ob. cit., § 12, p. 90

29 MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Einleitung und Personenrecht I*, cit., nº 251, p. 144. Também em *Der Richter Als Gesetzgeber*, p.152.

30 CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, cit, p. 39.

Ou em ENGISCH:

As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que é de esperar essa regulamentação.³¹

Assente tais definições, resta saber qual modalidade de *lacuna* estamos diante. E, por conseguinte, a forma de seu preenchimento.

Por certo, como bem ensinam DESCHENAUX,³² e MEIER-HAYOZ³³ a *lacuna* aqui existente é *involuntária*, isto é, *praeter legem*, uma vez que os legisladores, quando da edição de ambas as leis, não poderiam prever o desenvolvimento atual e as múltiplas aplicações dos condomínios especiais em edificações. Igualmente, consoante LARENZ³⁴, a interpretação deve ser vista de acordo com a aplicação da norma no tempo e, também, em virtude do surgimento de novas idéias jurídicas.

Portanto, podemos identificar, em ambos os ordenamentos jurídicos, que estamos diante de *lacunas abertas*. Isto é, quando a lei, devidamente interpretada, não contém norma específica para o caso particular.³⁵

Sendo certo, também, que estas lacunas só podem ser reconhecidas com o decorrer do tempo, de acordo com a realidade atual e, nunca daquela existente no momento da edição da norma jurídica.

Por conseqüência, como adverte MEIER-HAYOZ³⁶ é com o *processo de livre interpretação da lei*³⁷ que se deve tentar preencher a lacuna da mesma.

No caso presente, sem dúvida alguma, estamos diante de uma lacuna *praeter legem*, aberta, que precisa ser preenchida pela livre interpretação da lei.

Esta interpretação deve ser *lógica* ou *sistemática*, tendo como ponto de partida a localização do preceito no texto da lei e a sua conexão com outros

31 ENGISCH, Karl – *Einführung in das Juristische Denken (Introdução ao Pensamento Jurídico)* Verlag W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart, 8 neu bearb. auf., 1983, trad. J. Baptista Machado, 9ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 279.

32 DESCHENAUX, ob. cit., p. 92.

33 MEIER-HAYOZ, Arthur – *Der Richter Als Gesetzgeber*, cit., p. 152

34 LARENZ, ob. cit., p. 519

35 Cfr. DESCHENAUX, ob.cit., p. 93.

36 MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar – Schweizerisches Zivilgetezbuch – Einleitung und Personenrecht I*, cit., nº 291 e segs. p. 153. Igualmente em *Der Richter Als Gesetzgeber*, cit., p. 152 e segs.

37 No mesmo sentido GÉNY, ob.cit., Tomo I, pp. 303 e 304.

preceitos existentes na própria lei ou no ordenamento jurídico em exame.³⁸ Desta forma podemos construir uma sistemática jurídica global, com múltiplas referencias de normas entre si.

Sendo certo que, para os condomínios especiais em edificações, tanto no direito suíço quanto no brasileiro, existe uma *lacuna verdadeira* a respeito de sua personificação jurídica. E, estas podem ser preenchidas pela *livre interpretação da lei*.

A livre interpretação, no caso concreto, pode encerrar uma tríplice atuação: a) do juiz; b) da doutrina; c) da jurisprudência.

Tais atuações estão para o direito suíço em conformidade com o art. 1º do ZGB, notadamente suas alíneas 2 e 3. Enquanto, para o direito brasileiro, no sentido antes expressado, o art. 4º da LICC não é tão abrangente. Mas, tal defeito da norma, principalmente nos dias atuais [notadamente seu ajuste ao CC em vigor] não é fator impeditivo para que a doutrina ou a jurisprudência realizem a tarefa interpretativa, destinada ao estabelecimento da *personificação jurídica*.

Daí, respondendo a segunda indagação, entendemos que, para o caso concreto, é perfeitamente possível o reconhecimento de uma *verdadeira lacuna*. Restando, portanto, unicamente a análise da mesma.

III) A interpretação sistemática como forma de estabelecimento da personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações. Uma atividade doutrinária e jurisprudencial.

Voltando aos conceitos e métodos de interpretação, importa, para a uma correta sistematização, pontuar as duas facetas idealizadas por GÉNY: o *dado* e o *construído*. Noções indispensáveis ao presente estudo.

Primeiramente, podemos entender como *dado*, vale dizer, aquilo que pré-existe no momento atual, os dispositivos legais, quer no direito suíço quer no brasileiro. Nestes, nitidamente encontramos uma *insinuação legislativa* sobre a personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações.

Tal *insinuação* encontramos no art. 712I do ZGB, bem como no § 3º do art. 63 da Lei brasileira nº 4.591/64. Acrescente-se, para este último ordenamento jurídico, o expresse reconhecimento da necessidade de *personificação jurídica* recomendada pelo Enunciado nº 90 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal do Brasil, antes referido.

38 Cfr. ENGISCH, ob.cit., pp. 136 e 137.

Elastecer a conceituação do *dado* nos leva a um segundo momento, conseqüido com a realização do *construído*, conduzindo a solução do caso concreto pelo trabalho do investigador na *livre interpretação* e na investigação do direito, uma vez que, como dito, o ordenamento jurídico nunca é completo. E, para completá-lo é necessário acudir a uma série de operações que dão entrada ao discurso jurídico. De modo que o espaço vazio [lacuna, lücken] aparece por donde queira. Colocando o intérprete no momento adequado: o da aplicação da norma. Atingindo, por conseguinte, a *voluntas legis*.

E, já em uma segunda fase, a indispensável *comprovação sistemática* destinada à verificação da norma se, assim interpretada, não é contrária ao *sistema*, desaguando no cânon hermenêutico de totalidade e coerência.³⁹

Por *sistema* deve ser entendido “a ordem teleológica de princípios gerais de direito”⁴⁰, dotado de *abertura e mobilidade*.

A *abertura* sempre se impõe como necessária, mesmo nos sistemas codificados que se vislumbram fechados, mas que, com o passar dos tempos se revelam dotados de incompletude e com capacidade de evolução, bem como de *modificação* do próprio *sistema*. Portanto, como adverte CANARIS⁴¹, mesmo os sistemas fechados [vale dizer, o suíço, o brasileiro e o alemão], de acordo com a ordem jurídica moderna devem ser caracterizados como abertos. Pois, é fato que os mesmos encontram-se em permanente mudança, mediante fatores construtivos ou modificativos do *sistema*, realizando a entrada do direito novo [prinzip] que necessita ser acolhido pelo *sistema* de direito. E, no particular, no *sistema de direito civil*.

Desta maneira, a incompletude do conhecimento científico descoberta em um momento posterior ao da elaboração da norma, impõe a modificabilidade da própria ordem jurídica.

Assim, a mudança de conteúdo do *sistema*, mesmo em sendo este fechado, mas que, como dito, comporta *abertura*, pode ser determinada não somente pelos princípios retirados da lei. Mas, também, através da *modificação da consciência jurídica geral*. Esta não se encontra no universo do *dado*, mas sim no do *construído*, pois a mesma é *descoberta* ou *encontrada*.

39 Acerca destas idéias de GÉNY, confira-se MOZOS, José Luis de Los. *Algunas Reflexiones a Proposito de la Teoria de la Interpretación en la Obra de François Géný (Algunas Reflexões a Propósito da Teoria da Interpretação na Obra de François Géný)*. In: “QUADERNI FIORENTINI” Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, nº 20, Milano, 1991, pp. 119 a 148, tradução brasileira de Frederico Henrique Viegas de Lima. In: Revista Trimestral de Direito Civil nº 32

40 CANARIS - *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., p. 102

41 Ob. ult. cit., p. 104

A seu turno, a *mobilidade*, que muitas vezes é erroneamente confundida com a própria *abertura*⁴², revela a existência de um *sistema móvel*, mediante uma clara orientação de idéias, muitas vezes conseguida com a entrada de um elemento concreto para a regulamentação de uma determinada matéria. E, se podemos dividir o *sistema* em planos, também é certo que, apesar de uma hierarquia dentro do ordenamento jurídico, esta não pode ser tida como irrenunciável, impedindo a *abertura* do próprio *sistema*.⁴³

Apesar de alguns *sistemas*, como o suíço e o brasileiro serem tradicionalmente conhecidos como imóveis [no sentido da ordenação do ZGB e do CC], é imprescindível o reconhecimento da existência da mobilidade dos mesmos. Vale dizer, reconhecer *partes móveis* no *sistema*.

A mobilidade, por certo, traduz uma exceção em ambos os sistemas, porquanto neles predominam, como regra geral, a imobilidade. Mas, também é certo que o *sistema móvel* está disposto entre a *cláusula geral* e o sistema de *previsão normativa rígida*. Compondo uma terceira categoria, como bem coloca CANARIS.⁴⁴

O reconhecimento da mobilidade importa na *descoberta* de exceções que o juiz [no sentido de *direito judicial* antes exposto] ou o intérprete se deparam no caso concreto com *elementos*, que devem ser considerados e ponderados na solução do caso que cuidam.

Surge, portanto, a *interpretação sistemática* de um *sistema móvel*, a partir do reconhecimento de que este se situa entre a inflexibilidade normativa e a incompletude do *sistema*. Impondo, por conseguinte, a extrapolação de valores retirados da própria norma.

Para tanto, a interpretação deve ser vista como ponto inicial ou prolongamento da interpretação gramatical, fundada em argumentação conseguida a partir do *sistema interno*, o que exprime o prolongamento da interpretação teleológica - em maior ou menor grau - de acordo com a evolução da *ratio legis* para a *ratio iuris*.⁴⁵ Passando a argumentação a figurar dentre o *sistema interno* da lei, como um dos mais importantes meios de interpretação.

Disto resulta a importância sistêmica para a integração de lacunas [lücken], de acordo com uma *construção integradora de lacunas*. E, portanto, como forma de complementação do direito.

42 Cfr. CANARIS. Ob.ult.cit, p. 127.

43 CANARIS. Ob.ult.cit., p. 128 e segs.

44 Ob. ult.cit., p. 143.

45 CANARIS, ob.ult.cit., p. 159.

Desta maneira, o reconhecimento de um determinado caso que contenha um peso ético-jurídico, bem como uma hierarquia jurídico-positiva importante, impõe, por conseguinte, a inexorável *descoberta* de uma lacuna. E, assim, o *sistema*, de acordo com sua elaboração deve influenciar como verdadeiramente influencia a complementação de uma ordem jurídica.⁴⁶

E, é isto que sucede na *personificação jurídica* da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações.

Conclusão Parcial

A verificação da personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações, como advertido anteriormente, impõe a existência de um duplo marco inicial: a) sua admissão doutrinária segundo os marcos colocados à disposição do intérprete; b) as conseqüências inerentes ao seu acolhimento como direito novo e, daí, sua exata conformação e modelação nos ordenamentos jurídicos em estudo.

Superada a primeira fase da investigação, antes de passar à sua conformação, é imprescindível o estabelecimento de conclusões parciais.

Até o presente momento ficou assentado que, desde o plano legislativo, tanto o direito suíço quanto o brasileiro, não acolhem, diretamente, a personificação jurídica da comunidade de co-proprietários em condomínios especiais em edificações.

Entretanto, é certo que em ambos os ordenamentos encontramos *insinuações* legislativas acerca da *personificação*, tal como estabelecido no § 3º do art. 63 da lei brasileira, bem como do art. 712l do ZGB.

Diante de tais *insinuações* legislativas, a interpretação sistemática da matéria é um método válido e eficaz para o *descortinamento* da *personificação jurídica*, a partir do reconhecimento de *lacunas da lei*.

Para a efetivação do pensamento sistemático, é imprescindível a admissão da *abertura* do *sistema*, bem como sua *mobilidade*.

Desde a consideração inicial de que em ambos os ordenamentos, quando da edição das normas jurídicas inerentes os condomínios especiais em edificações – situadas na metade da década de sessenta –, não seria previsível que os legisladores pudessem estabelecer de antemão todas as múltiplas facetas que esta modalidade de propriedade permite. Ainda mais se considerarmos o aspecto econômico da sociedade, que joga importante papel para

46 Assim, CANARIS em *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, cit., p. 93 e segs.

o desenvolvimento do instituto jurídico nos dias atuais, não pensado pelos legisladores do século passado.

Igualmente, apesar do reconhecimento da *insinuação* legislativa, antes referida, também é certo que encontramos o *silêncio da lei*, conduzindo a verificação de *lacunas verdadeiras* em ambos os ordenamentos jurídicos.

Ao nos depararmos com a incompletude das normas, revelando que as disposições legais não permitem a correta solução para a *personificação jurídica*, verificamos que tais lacunas *praeter legem* são *involuntárias*. Como antes dito, impossível o legislador dos anos sessenta perceber de antemão toda a estrutura multifacetária atualmente existentes nos Condomínios Especiais em Edificações.

Portanto, as lacunas, ademais de *involuntárias* são *abertas*, permitindo a utilização do *processo de livre interpretação da lei*, de acordo com o *sistema* jurídico.

Na atualidade já não podemos admitir a existência de *sistemas* fechados, considerando somente a legislação em vigor. Ao contrário, os modernos *sistemas* são, invariavelmente, abertos, permitindo sua modificação mediante sua adequação as novas necessidades sociais. No mesmo sentido, a *abertura* do *sistema* é atingida mediante a *descoberta* de novas modalidades de utilização do instituto jurídico. No particular, os condomínios especiais em edificações.

Para tanto, a admissão da *mobilidade* do *sistema*, renunciando a uma inatacável hierarquia do ordenamento jurídico, revela a imperiosidade de sua *abertura*. Esta é caracterizada por um *sistema móvel*, que não permite a inflexibilidade normativa, nem a acomodação do intérprete diante da incompletude do próprio *sistema*. Buscando a *ratio iuris* que se situa dentro do *sistema* interno, a partir da argumentação jurídica.

Por conseguinte, é impositiva a *construção integradora de lacunas*, destinada a complementar a ordem jurídica em vigor que, ao ser estabelecida, não podia prever todas as facetas e aplicações de determinado instituto no momento em que este passou a integrar o universo jurídico.

As considerações aqui expendidas, a título de conclusões parciais são verdadeiras.

Somente através do *pensamento sistemático* e do reconhecimento da incompletude da norma, podemos visualizar a entrada do direito novo no ordenamento, quer da Suíça quer do Brasil.