



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fábio de Oliveira Azevedo

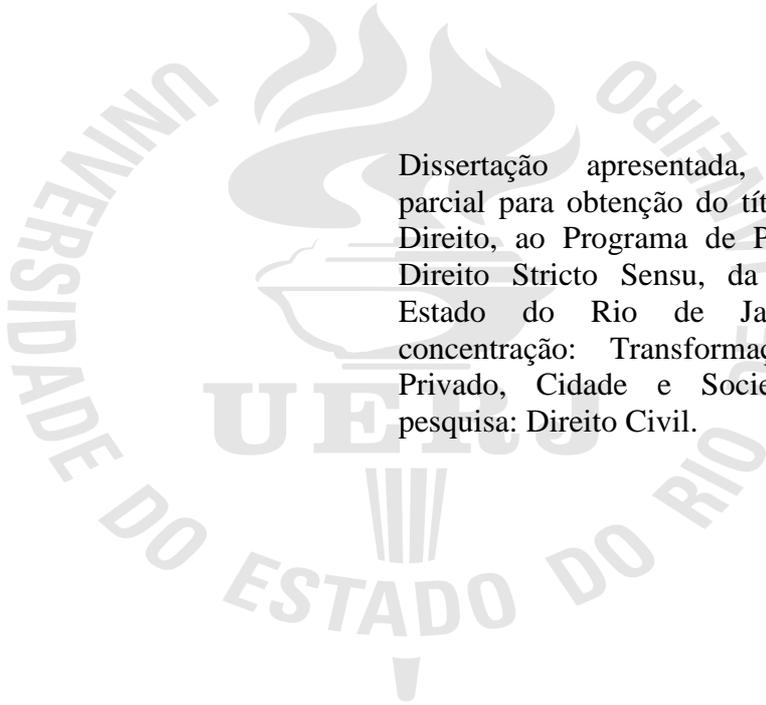
**Condomínio edilício entre formalismo e função:
novas estruturas e merecimento de tutela**

Rio de Janeiro

2015

Fábio de Oliveira Azevedo

**Condomínio edilício entre formalismo e função:
novas estruturas e merecimento de tutela**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A994

Azevedo, Fabio de Oliveira.

Condomínio edilício entre formalismo e função: novas estruturas e merecimento de tutela / Fabio de Oliveira Azevedo. - 2015.

200 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direitos reais - Teses. 2. Condomínios – Teses. 3. Tutela – Teses. I. Tepedino, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.238

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Fábio de Oliveira Azevedo

**Condomínio edilício entre formalismo e função:
novas estruturas e merecimento de tutela**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade. Linha de pesquisa: Direito Civil.

Aprovada em 24 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Gustavo Tepedino (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

Faculdade de Direito - UERJ

Prof^a. Dr^a. Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, Antonio Azevedo, com saudade.

AGRADECIMENTOS

Mario Quintana, no primeiro verso de “os parceiros”, afirma que “sonhar é acordar-se para dentro”. Esta dissertação, na linha do poema, realiza um sonho antigo, de cursar o Mestrado em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob a orientação do Prof. Gustavo Tepedino.

Diz-se antigo, a tornar o agradecimento pretérito, porque tive a oportunidade de começar a lecionar Direito Civil em 2001, como Professor de Direito Civil da Universidade Candido Mendes Centro, onde ingressei por concurso.

Naquela ocasião, tive a felicidade de conhecer e passar a conviver – pois também foram aprovados – professores da qualidade de Ana Luiza Nevares, Marcelo Calixto, Caitlin Sampaio e Rose Melo, todos eles oriundos do mestrado da Uerj. Desde aquela época esses colegas queridos são profundos incentivadores deste projeto ora realizado, embora os desafios da vida e da sobrevivência não tivessem permitido ter tomado corpo anteriormente.

Gustavo Tepedino, aquela altura, já era justificadamente reverenciado pela academia ao criar uma escola de pensamento absolutamente transformadora de um Direito Civil que precisava alinhar-se ao seu tempo e as necessidades sociais e econômicas, sobretudo pelo novo papel desenhado pela Constituição de 88. Lia, de longe, convencido e admirado, sua vasta produção acadêmica, especialmente incentivado pelos referidos colegas, na juventude dos meus 26 anos. Essa admiração, agora aos 40 anos de idade, com a alegria de poder conhecê-lo e conviver de perto com meu “antigo” mestre, multiplica-se a cada dia.

E ainda fui examinado por Leonardo Mattietto, com que também passei a conviver e ter a oportunidade de aprender, junto com outros talentosos ex-alunos da Uerj, como Eduardo Takemi e Gustavo Kloh. A todos esses amigos inspiradores tenho o dever de dedicar este trabalho, com toda minha profunda admiração e sincera amizade.

Não sou capaz de encontrar no vernáculo palavras suficientes para traduzir minha gratidão por receber a orientação do Prof. Tepedino. Mesmo tendo agenda mercedamente concorrida, surpreendi-me diversas vezes com a atenção e amabilidade com que o professor dedicou-se a tarefa de orientar, entregando mais uma bela lição de humildade. Basta dizer que jamais deixei de receber - geralmente no mesmo dia - respostas para dúvidas e reflexões em encontros programados ou casuais, pessoalmente, por ligações telefônicas ou mesmo por diálogos via e-mail ou *whatsapp*.

Quando a dissertação já estava pronta, solicitou-me o professor curtos 15 dias para examinar a versão provisória. Menos de 10 dias depois recebi um telefonema marcando um encontro para discutir o conteúdo.

Acreditei, então, que cerca de 30 minutos seriam suficientes para apontar as imperfeições formais e materiais do texto. Surpreendi-me mais uma vez. Foram agradáveis duas horas ininterruptas de aprendizado, onde cada capítulo foi anotado de próprio punho para ser elogiado ou elegantemente criticado, sempre com absoluto domínio sobre o pensamento desenvolvido. Saí do encontro com a cabeça dolorida. Mas extremamente feliz com a aula particular que passou a fazer parte do meu currículo e da minha biografia.

Devo destacar uma pessoa muitíssimo especial e fundamental para minha formação jurídica e humana: Prof. Marco Aurélio Bezerra de Melo, com quem aprendi e aprendo permanentemente lições fundamentais sobre os direitos reais – tema desta dissertação – e sobre a vida.

Pessoa humana de virtudes raras e indizíveis, Marco Aurélio foi o principal incentivador e inspirador do meu interesse pelo magistério, especialmente pelo direito das coisas, tema do qual é um dos mais respeitados especialistas deste país.

Devo-lhe tudo. A inspiração para ingressar no magistério. O encorajamento no início da minha vida profissional. A segurança irrestrita com que me indicou diversas vezes para lecionar, quase sempre com confiança superior a minha própria. A sincera amizade, iniciada durante momentos em que compartilhamos a dor da perda, assim como tantas vezes rimos juntos simplesmente pela alegria e graça de estarmos vivos.

Especialmente, agradeço-lhe o estímulo para me inscrever no concurso de ingresso para o mestrado da Uerj e preparar-me para o exame. E pelas muitas lições, ministradas por meio de exemplos, tal como o de homem público, de marido, de pai, de filho, de irmão, de amigo afetuoso e de professor admirado, assim como a humildade e o amor com que incondicionalmente olha para o próximo, dando vida a lição de Gabriel Garcia Marquez: “só se admite que um homem olhe para outro de cima para baixo se for para estender-lhe a mão e ajudá-lo a se levantar”.

Agradeço carinhosamente aos meus colegas de mestrado, que aqui saúdo por meio do Vinicius, Julia, Fabiano, Thiagos Junqueira e Souza e Aline, sobretudo pelos debates e reflexões provocados durante nossas aulas. E também aos magníficos professores da Uerj, que agradeço por meio dos Professores Carlos Konder, Carlos Edison, Anderson Schreiber e Maria Celina Bodin.

Agradeço a minha mãe Inês e aos meus inseparáveis irmãos, com amor infinito.

E por fim, mas em primeiro lugar, agradeço generosamente às duas mulheres de minha vida, Renata e Bruna, que me ensinaram a conjugar o verbo amar no infinito. Renata sempre está presente em tudo na minha vida, me ajudando imaterial e materialmente, inclusive ao revisar o texto desta dissertação. E minha pequena Bubuca esteve sempre por perto, especialmente para interromper-me “estrategicamente” durante os momentos de maior tensão ao refletir, pesquisar e escrever, ensinando-me a lição de que a vida, mesmo quando conduzida com seriedade, tem espaço contínuo para sorrisos largos e não precisa ser vivida com sisudez.

RESUMO

Azevedo, Fábio de Oliveira. *Condomínio edilício entre formalismo e funcionalismo: novas estruturas e merecimento de tutela*. 2015. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Busca-se pela presente dissertação analisar o surgimento de novas estruturas condominiais edilícias, sobretudo a partir das transformações sociais e econômicas ocorridas entre o fim do sec. XIX e o início do sec. XX. Tal exame impõe-se pela necessidade do direito oferecer resposta, em termos de qualificação e disciplina jurídica, ao criativo segmento empresarial da construção civil a partir de múltiplas necessidades habitacionais e econômicas que precisam ser atendidas. Destacam-se quatro estruturas principais nessa investigação: i) condomínio de único dono; ii) *mixed-use development*; iii) condo-hotel; iv) condomínio de lote urbano. Tais criações, em geral, são expressões legítimas da autonomia privada constitucional. De modo que o merecimento de tutela desse conteúdo pressupõe um diálogo possível entre a autonomia privada e os direitos reais, pois o condomínio edilício ilustra nova modalidade de direito real, estrutural e funcionalmente autônoma em relação a propriedade comum. A partir dessa premissa, apontam-se os elementos essenciais e acidentais do condomínio edilício e critérios para a convenção de condomínio e as deliberações de assembleia merecer tutela pelo ordenamento jurídico durante o processo de qualificação em perspectiva civil-constitucional.

Palavras-Chave: Direitos Reais. Condomínio edilício. Novas modalidades condominiais. Interpretação e qualificação baseadas na função desempenhada. Critérios para o merecimento de tutela.

ABSTRACT

Azevedo, Fábio de Oliveira. *Building condominium between formalism and functionalism: new structures and deserving of guardianship*. 2015. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Search up by this thesis analyze the emergence of new edilicias condominium structures, especially from the social and economic transformations that have taken place between the end of sec. XIX and the beginning of sec. XX. Such an examination imposes by the need to offer the right answer in terms of qualification and legal discipline, creative business segment of construction from multiple housing and economic needs that need to be met. It highlights four main structures in this research: i) sole owner of the condominium; ii) mixed-use development; iii) condo-hotel; iv) urban lot condominium. Such creations in general are legitimate expressions of constitutional private autonomy. So that the content of that protection worthiness implies a possible dialogue between the private autonomy and rights in rem, for the mixed-property condominium illustrates new type of real right, structurally and functionally autonomous from the common property. From this premise, it points up the essential and accidental elements of mixed-property condominium and criteria for the condominium agreement and the Assembly of deliberations deserve protection by law in the process of qualification in civil and constitutional perspective.

Keywords: Property Law. Mixed-property condominium. New condominium modalities.

Interpretation and qualification based on the function performed. Criteria for merit protection.

LISTA DE ABREVIATURAS

AI	Agravo de Instrumento
AC	Apelação Cível
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemão)
CC	Código Civil de 2002
CPC	Código de Processo Civil
CR	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJ-RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJ-SP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	DIREITOS REAIS E AUTONOMIA PRIVADA	26
1.1	Introdução: estrutura (s) proprietária (s)	26
1.1.1	<u>O exemplo da função social da propriedade (art. 5º, XXIII)</u>	33
1.1.2	<u>O exemplo dos bens divisíveis e indivisíveis (art. 87 do CC)</u>	34
1.2	Diálogo possível entre autonomia privada e direitos reais	36
1.3	Direitos reais e numerus clausus: distinções entre tipicidade e taxatividade	39
1.3.1	<u>A importância do notário e do registrador para a criação de novas estruturas condominiais a partir do caráter exemplificativo do art. 167 da Lei 6.015/73</u>	45
1.3.2	<u>Objeto e conteúdo dos direitos reais</u>	48
1.3.3	<u>Bem jurídico</u>	51
2	CONDOMÍNIO	55
2.1	Comunhão e justificativa teórica	55
2.2	Classificação do condomínio e crítica ao CC/02	61
2.3	Aspecto geral das regras do condomínio voluntário	62
2.4	Condomínio Edilício	67
2.4.1	<u>Subjetividade do condomínio edilício</u>	72
2.4.2	<u>Procedimento de criação do condomínio edilício</u>	78
2.4.2.1	Instituição do condomínio edilício.....	80
2.4.2.2	Constituição do condomínio edilício.....	84
2.4.2.3	Destinatários da convenção condominial e a função do registro.....	87
2.4.2.4	Critérios para a verificação de merecimento de tutela da convenção de condomínio.....	90
3	NOVAS ESTRUTURAS CONDOMINIAIS: VALIDADE E MERECIMENTO DE TUTELA	95
3.1	Condomínio edilício de único dono	95
3.1.1	<u>Função vs. linguística</u>	101
3.1.2	<u>Condomínio edilício, propriedade horizontal ou propriedade especial?</u>	102

3.1.3	<u>Imóvel com proprietário exclusivo alugado para pessoas diversas: o art. 23, §3º, da Lei 8.245/91</u>	105
3.1.4	<u>Incorporação Imobiliária</u>	107
3.2	<i>Mixed-use development</i>	101
3.2.1	<u>Espécies de mixed-use development: building mixed-use vs. complex mixed-use (complexo multiuso)</u>	113
3.3	Condomínio de hotel (condo-hotel)	117
3.3.1	<u>Condo-hotel e ativos: propriedade e fundo empresarial</u>	119
3.3.2	<u>O poder regulatório da CVM (Comissão de valores mobiliários)</u>	121
3.3.3	<u>Estruturas principais</u>	125
3.3.3.1	Condomínio edilício.....	127
3.3.3.2	Condomínio geral voluntário.....	132
3.4	Condomínios de lotes urbanos e de casas	134
3.4.1	<u>Estruturas principais</u>	136
3.4.1.1	Loteamento regular (aberto ou de direito) sem condomínio.....	136
3.4.1.2	Loteamento regular, com condomínio de fato (condomínio aparente).....	138
3.4.1.3	Loteamento irregular (fechado, de fato ou clandestino), por meio do condomínio voluntário (condomínio edilício aparente).....	141
3.4.1.4	Condomínio de lotes urbanos.....	142
	CONCLUSÃO	148
	REFERÊNCIAS	154

INTRODUÇÃO

A sábia advertência de *Salvatore Pugliatti* de que na propriedade “*il diritto protegge l’interesse alla utilizzazione e allo sfruttamento della cosa nella integrale totalità delle possibilità che essa offre*”¹ mostra de que forma e com que intensidade revela-se imperioso repensar a estrutura proprietária e sua derivação condominial.

Transcorrido mais de meio século desde o alerta, nota-se a expansão do uso criativo da propriedade e a conseqüente necessidade de potencializar seu aproveitamento econômico, embora pouco tenha sido alterado em sede doutrinária, já que a propriedade continua a ser explicada predominantemente em sua lógica estrutural.

Com base nessa ideia central, em torno do interesse como objeto do direito real, busca-se pelo presente trabalho adotar criticamente o estruturalismo subsuntivo-positivista e sua lógica deôntica² como ponto inicial de observação e inflexão na direção do funcionalismo civil-constitucional dos direitos reais. E a partir daí admitir o paradigma da complexidade³ em perspectiva epistemológica e conseqüentemente verificar que são múltiplos os interesses que podem formar o bem jurídico⁴ na contemporaneidade.

Acusa-se então a insuficiência do debate em torno da impossibilidade dos direitos reais dialogarem e serem moldados pela autonomia privada. Percebe-se com preocupação que enquanto a doutrina controverte em torno de tal possibilidade, equiparando acriticamente taxatividade e tipicidade dos direitos reais, a *práxis*⁵, sobretudo empresarial, tem concebido e

¹ Na tradução livre: “o Direito protege o interesse pleno na utilização e exploração da coisa em todas as oportunidades que ela oferece” (PUGLIATTI, Salvatore, *La proprietà nel nuovo diritto*. Milão: A. Giuffrè, 1954, p. 159).

² Norberto Bobbio ensina que “o predomínio da teoria pura do direito no campo dos estudos jurídicos teve por efeito que os estudos de teoria geral do direito foram orientados, por um longo período, mais em direção à análise da estrutura dos ordenamentos jurídicos do que à análise da sua função. É desnecessário mencionar as importantes contribuições dadas, nos últimos anos, para a ampliação e o aprofundamento da análise estrutural, de cujo ventre fecundo nasceu diretamente uma disciplina nova e fascinante, a lógica deôntica” (BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura e Função*. Barueri: Manole, 2007. p. XIII).

³ Segundo Edgar Morin, “pensar a complexidade – esse é o maior desafio do pensamento contemporâneo, que necessita de uma reforma no nosso modo de pensar.” (MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A Inteligência da Complexidade*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2000, p. 199).

⁴ A observação é de Gustavo Tepedino, para quem “os princípios do *numerus clausus* e da tipicidade, mesmo que excluam da autonomia privada o poder de alterar o conteúdo típico dos direitos reais dispostos pelo legislador, não impedem a livre individuação do objeto do direito de propriedade, desde que respeitados, evidentemente, os limites de licitude e da possibilidade material da apropriação econômica” (TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 88). Com base em Pugliatti, distingue-se a coisa suporte físico de incidência do direito (elemento material, individuado pelo registro), com a coisa objeto do domínio (o bem individuado torna-se unidade objetiva e centro de interesses subjetivos), qualificada pelo ordenamento em face de um interesse por este tutelado. Por isso Tepedino assinala que o “que determina a qualificação, em suma, é a licitude do interesse e da utilidade, a corresponder uma autônoma situação jurídica para sua tutela subjetiva” (TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*, São Paulo: Saraiva, 1993, p.97).

⁵ Pietro Perlingieri ensina que “a mais rigorosa apresentação do papel normativo da praxe tem-se na acepção de

desenvolvido novíssimas estruturas condominiais para materializar interesses potencialmente merecedores de tutela, desafiando e reclamando atenção dos operadores para indicar-lhes a qualificação correta e conseqüente disciplina jurídica.

Na feliz conclusão observada em sede doutrinária, passa-se do risco de *La révolte du droit contre le code* - no conhecido alerta de *Gaston Morin*⁶ contra a escola da exegese - para a “estranha revolta dos fatos contra o intérprete⁷”, ao qual cabe, em última análise, traduzir a ordem civil-constitucional.

Basta observar que a manualística brasileira pouco reflete sobre o significado, limites e critérios para o exercício da liberdade conferida pelo artigo 1.334⁸ do CC, enunciado que fixa rol de exigências impositivas que a convenção de condomínio precisa conter. Mas logo em seguida refere-se expressamente a autonomia privada, ao criar a faculdade de inserir na convenção outras cláusulas “que os interessados houverem por bem observar”.

Extraem-se, de forma provisória, três conclusões iniciais desse dispositivo: i) o direito real condominial edilício tem o seu conteúdo disciplinado parcialmente pela autonomia privada, criando novos bens jurídicos⁹, a partir dos interesses existenciais e patrimoniais que forem verificados no caso concreto; iii) a oponibilidade *erga omnes* da convenção, incidindo até mesmo para adquirentes que não manifestaram vontade de criá-la, também decorre do próprio conteúdo do direito real que a convenção molda. Dito de outro modo, não é apenas a convenção que é oponível *erga omnes*, mas sim o direito real condominial edilício¹⁰, a

praxe como estrutura dos modos de produção, que se conjuga com uma concepção materialista da história e da conflituosidade entre as classes sociais. Esta concepção diz respeito a individualização das fontes materiais de produção da norma, mas não pode ser nem exclusiva e nem prevalecente em relação à fonte formal” (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 111).

⁶ *La révolte du droit contre le code (La révision nécessaire des concepts juridiques)*.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. A estranha revolta dos fatos contra o intérprete in Revista Trimestral de Direito Civil. Vol. 31. Rio de Janeiro: Padma, 2007, p. iii.

⁸ Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:

I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;

II - sua forma de administração;

III - a competência das assembléias, forma de sua convocação e quorum exigido para as deliberações;

IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores;

V - o regimento interno.

⁹ O art. 202 do Código Civil de Portugal define coisa do seguinte modo: “diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas”. Para outra posição, os bens jurídicos são as coisas que podem ser objeto das relações jurídicas. “Com a evolução científica e tecnológica, novas coisas passam a ser incluídas no mundo jurídico, em número impressionante, tornando-se objetos de situações subjetivas” (TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138).

¹⁰ Em sentido contrário ao do texto, diversas teorias doutrinárias tentam explicar tal eficácia: i) servidão; ii) obrigação *propter rem*; iii) natureza estatutária. Caio Mario da Silva Pereira defende que a convenção é um “ato-regra”, do qual extraem-se direitos estatutários ou corporativos que são fontes formais do direito. Lembra o Professor: “seu fundamento contratualista, outrora admitido, hoje perdeu terreno, porque sua força coercitiva ultrapassa as pessoas que assinaram o instrumento de sua constituição, para abraçar qualquer indivíduo que, por

justificar o registro imobiliário (art. 1.332 e 1.333, p.u. e art. 1.245 do CC); iii) a legislação não fixa os critérios de verificação do merecimento de tutela do objeto criado.

A preocupação já era verificada em Pietro Perlingieri, para quem “muitos estatutos privados, especialmente em tema de condomínio e de multipropriedade, aguardam um reexame completo, em termos seja de validade, seja de merecimento de tutela (*meritevolezza*)¹¹”.

Exige-se observar que a convenção de condomínio, o regimento interno e as deliberações de assembleia materializam o exercício constitucional da autonomia privada, sendo todos qualificáveis como negócios jurídicos, submetendo-se aos pressupostos de existência (v.g.: podendo ser inexistentes), requisitos de validade (v.g.: podendo ser nulas ou anuláveis) e fatores de eficácia (v.g.: podendo ser ineficazes absoluta ou relativamente) dos negócios jurídicos em geral, sujeitando-se, ademais, a outros parâmetros de aferição do merecimento de tutela a partir da legalidade civil-constitucional.

Tais considerações mostram-se bastante relevantes diante de manifestações doutrinárias e decisões judiciais que costumam permitir ou proibir a “vontade condominial”, muitas vezes sem indicação de fundamento normativo e/ou base dogmática suficiente, baseando-se em impressões subjetivas, discursos vagos e tom retórico, algumas vezes vazios de conteúdo, colocando em risco, a um só tempo, a legitimidade constitucional da conclusão¹², expressa pelo princípio democrático, e a autolimitação imanente aos Estados de Direito.

ingressar no agrupamento ou penetrar na esfera jurídica de irradiação das normas particulares, recebe os seus efeitos em caráter permanente ou temporário” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 99).

¹¹ P PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 951.

¹² É o caso de decisão que discuta a validade de cláusula proibitiva da presença de animais em apartamento, quase sempre permeadas por insuficiente retórica. No acórdão ora trazido, não se verifica referência a premissas metodológicas fundamentais para a solução do caso, tais como: i) autonomia privada constitucional como fundamento da convenção; ii) natureza negocial da convenção; iii) individuação de situação existencial, por envolver espaço de desenvolvimento da personalidade por meio da convivência sadia com animais de estimação (art. 1º, III, CF); iv) interpretação civil-constitucional da cláusula, extraindo-se significado conforme o valor ora individuado; v) inexistência de outro interesse individualmente merecedor de proteção e colidente no caso concreto (como seria a violação do direito ao sossego, saúde e segurança, tutelados pelos arts. 1336, IV, e art. 1277 do CC); inexistência de violação a qualquer outra regra do ordenamento, em especial os bons costumes (art. 187 do CC e art. 1.336, IV do CC). O Egrégio STJ, ao julgar o REsp 12166/RJ (4ª Turma - 07/04/1992), não indicou fundamento normativo suficiente ao concluir que: “Direito Civil. Condomínio. Animal em apartamento. Vedação na Convenção. Ação de natureza cominatória. Fetichismo legal. Recurso inacolhido. I - Segundo doutrina de escol, a possibilidade da permanência de Animais em apartamento reclama distinções, a saber: a) se a Convenção de condomínio é omissa a respeito; b) se a convenção é Expressa, proibindo a guarda de animais de qualquer espécie; c) se a convenção é expressa, vedando a permanência de animais que causam incômodo aos condôminos. II - na segunda hipótese (alínea b), a reclamar maior reflexão, deve-se desprezar o fetichismo normativo, que pode caracterizar o *summum jus summa injuria*, ficando a solução do litígio na dependência da prova das peculiaridades cada caso.

Com o fim de problematizar e sobretudo de ilustrar a temática em torno da insuficiência de fundamentação, citem-se introdutoriamente algumas hipóteses concretas: i) convenção de condomínio prevê que suas cláusulas são elaboradas em caráter irrevogável e irretroatável, criando-se justificável dúvida sobre a viabilidade e quórum a respeitar em caso de¹³ alteração; ii) assembleia confere situação jurídica de vantagem e o caso concreto revela a abusividade durante o exercício de tal posição, com base na *supressio* (art. 187 do CC)¹⁴; iii) convenção de condomínio estabelece critérios desproporcionais para a distribuição das contribuições condominiais, considerando-se que a edificação é composta por diversas unidades e uma loja comercial, mas esta loja não usufrui de boa parte das causas geradoras das despesas rateadas¹⁵.

Sob a perspectiva do controle a partir da teoria da invalidade, a *práxis* oferece muitas hipóteses desafiadoras: i) vedação de locação de unidade para temporada em edifício residencial; ii) criação de diversos síndicos nos complexos *mixed-used*, cada qual cuidando de blocos diferentes; iii) vedação de animais no edifício; iv) cláusula que cria quórum de unanimidade para tema não disciplinado expressamente pela legislação; v) venda de espaço (área comum) destinado a moradia de funcionários; vi) cláusulas contrárias aos valores

¹³ O Egrégio STJ enfrentou o tema ao julgar o REsp 1447223/RS (3ª Turma - 16/12/2014). A hipótese envolvia um condomínio composto por nove unidades, prevendo a convenção um caráter irrevogável e irretroatável, sendo uma unidade por andar e apenas a cobertura possuindo fração ideal diferente. Em assembleia, oito unidades votaram pela alteração da regra da convenção, abandonando-se o critério igualitário da forma de rateio e passando-se ao critério da fração ideal, o que elevou o valor da contribuição da unidade vencida (cobertura) de R\$ 643,75 para R\$ 1.097,05. Para o relator do recurso, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, deve ser prestigiada a autonomia privada e a vontade “quase” soberana dos condôminos. Divergiu o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva por entender que deve prevalecer a aplicação imediata do art. 1.351 do CC, bastando-se o quórum de 2/3 para a modificação, para não “obrigar - sem que haja expressa previsão legal - que os atuais condôminos ou os eventuais futuros adquirentes das unidades fiquem eternamente submetidos às regras impostas na convenção original elaborada pelos incorporadores do imóvel, ainda que tenha havido expressa adesão dos primeiros proprietários”. O Min. Moura Ribeiro acompanhou a divergência. Por maioria de dois votos a favor contra um, entendeu-se pela prevalência do artigo 1.351 do CC, mas sem pronunciamento ou esclarecimento sobre a nulidade, anulabilidade ou ineficácia da referida cláusula da convenção de condomínio.

¹⁴ O Egrégio STJ enfrentou o tema ao julgar o REsp 214.680/SP (4ª Turma - 4433396): “Condomínio. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *statu quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*supressio*). Recurso conhecido e provido”

¹⁵ O Egrégio STJ enfrentou este tema ao julgar o REsp 784940/MG (4ª Turma - 20/03/2014). Ficou vencido o relator do recurso, Min. Raul Araújo, que excluía a loja da cobrança, sendo vitoriosa a divergência iniciada pelo Min. Marco Buzzi, acompanhado pelos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti. A ementa contém o seguinte conteúdo: “recurso especial - ação anulatória destinada a anular cláusula de Convenção condominial que trata da participação dos condôminos no Rateio das despesas condominiais, sob o fundamento de que a unidade localizada no pavimento térreo (loja comercial) não usufrui de determinados serviços - demanda julgada procedente pelas instâncias ordinárias - a convenção condominial, por refletir a vontade majoritária dos integrantes da coletividade e por se amoldar necessariamente à lei, é soberana para definir os critérios de rateio das despesas condominiais - recurso especial provido.

constitucionais da isonomia substancial, dignidade da pessoa humana e solidariedade; vi) cláusula ou modo de administração que suprime o direito das minorias.

Constata-se existir no condomínio edilício, estruturalmente, um novo direito real¹⁶ de propriedade, caracterizado pela coexistência simbiótica entre partes destinadas ao uso comum com outras destinadas ao uso exclusivo. De modo que antes de enfrentar os problemas referidos acima, em torno dos limites para a autonomia privada moldar a convenção e outras manifestações da vontade condominial, impõe-se como antecedente lógico verificar quais são os seus elementos essenciais para então poder qualificar ou desqualificar as criações decorrentes da atividade econômica como condomínios edilícios.

Dito de outro modo, primeiro é preciso saber o que é ou não condomínio edilício, para em seguida verificar o merecimento de tutela do seu objeto. Fixam-se a partir daí dois eixos centrais para esta dissertação: i) verificar se novas criações imobiliárias devem ser qualificadas como condomínios edilícios a partir da identificação dos seus elementos essenciais, para então submeterem-se à disciplina jurídica subsequente; ii) identificar os critérios para verificar o merecimento de tutela do objeto criado pela convenção de condomínio no exercício constitucional da autonomia privada.

Reitere-se a necessidade de observar e qualificar o fenômeno em perspectiva funcional¹⁷ e civil-constitucional, abandonando-se o positivismo silogístico e formal. Para ilustrar-se o desafio da qualificação de estruturas condominiais edilícias e ao mesmo tempo demonstrar a importância prática destas reflexões desapegarem-se do confortável fascínio subsuntivo, citem-se dois problemas que serão tratados neste trabalho: i) condomínio edilício de dono único; ii) condomínio edilício de lotes.

Propõe-se metodologicamente atribuir função aplicativa à interpretação, não como mera compreensão de uma realidade pré-jurídica, admitindo-se que o fato não preexiste à interpretação. E assim interpretação e qualificação formarão aspectos de um processo cognitivo unitário, apto a individualizar a síntese dos efeitos essenciais como função do fato e

¹⁶ Por todos, confira-se a posição de Manuel Henrique Mesquita (MESQUITA, Manuel Henrique. *Direitos Reais – Sumário das lições ao curso de 1966-1977*. Coimbra, p. 303): “embora os esquemas da propriedade e compropriedade permitam explicar todo o regime da propriedade horizontal, esta figura é mais do que a justaposição daqueles dois direitos: trata-se de um novo direito real, de um novo tipo introduzido no direito das coisas”.

¹⁷ Pietro Perlingieri ensina que “O fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve)”. E para a “identificação da função deve-se-á considerar os princípios e valores do ordenamento que a cada vez permitem proceder à valorização do fato. Ao valorar o fato, o jurista identifica sua função, isto é, constrói a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide. A função do fato determina a estrutura, a qual segue – não precede – a função”. (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 642).

indispensáveis para sua qualificação, distinguindo-se a síntese dos efeitos essenciais dos meramente acessórios¹⁸, pois estes não servem à caracterização da sua função, mesmo que sejam efeitos típicos em virtude da própria disciplina jurídica existente.

Nessa perspectiva, embora o silogismo linguístico da expressão condomínio edilício rejeite a caracterização do condomínio de único dono¹⁹ – pois não existe cotitularidade – e do condomínio de lotes²⁰ ou urbanístico – pois não existe edificação – pretende-se mostrar a possibilidade metodológica de qualificar a *construção* e *cotitularidade* como *elementos acessórios* e não *elementos essenciais* do condomínio edilício, sobretudo pela pluralidade e legitimidade dos interesses que envolvem a disciplina jurídica do condomínio nesses casos.

No condomínio de único dono, a legitimidade do interesse pode ser ilustrada com o investidor que constrói edifício destinado a locação de suas unidades, permitindo-se então que obtenha CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, eleja síndico, aplique a disciplina de funcionamento do condomínio e atribua legitimidade *ad processum* ao condomínio. E se o edifício for empregado para instalar empresa integrante de grupo econômico, que se possibilite a *holding* realizar a separação contábil-financeira da movimentação condominial. Em suma, a qualificação condominial atenderia aos interesses de todos.

Em Portugal, por exemplo, o Código Civil²¹ optou pela expressão propriedade horizontal. Se esta expressão fosse adotada no Brasil, até mesmo um apegado sentimento formalista e linguístico afastaria o principal óbice para a caracterização do condomínio de único dono. Como se verá, parece-nos que tal possibilidade já existe em função do art. 23, § 3º, da Lei 8.245²².

A literalidade do art. 1.331 do CC refere-se a “condôminos”, no plural, com partes de “propriedade exclusiva” e outras de “propriedade comum”. Além do argumento de ser

¹⁸ “Ao lado dos efeitos essenciais outros são produzidos, por assim dizer acessórios, embora típicos, que, apesar de previstos na disciplina do contrato, não servem a caracterização a sua função” (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 661).

¹⁹ Percebe-se que a Lei 8.245/91 parece cuidar da questão no art. 23, §3º: “no edifício constituído por unidades imobiliárias autônomas, de propriedade da mesma pessoa, os locatários ficam obrigados ao pagamento das despesas referidas no § 1º deste artigo, desde que comprovadas”.

²⁰ O tema ocupa espaço destacado nas pautas do STF e Congresso Nacional. Na Câmara dos Deputados tramita o Projeto de Lei n° 20/2007, que trata de diversas matérias, entre elas o parcelamento do solo urbano, criando a figura do “condomínio urbanístico”. No STF a questão ganha especial importância na medida em que proximamente será colocado na pauta do Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário n° 607.940-DF, interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal, no qual se questiona sobre a obrigatoriedade, ou não, de a matéria ser regulada pelo plano diretor da cidade.

²¹ É o capítulo VI (propriedade horizontal) do Livro III (Direito das Coisas), iniciado pelo artigo 1414º (Princípio geral): “as fracções de que um edifício se compõe, em condições de constituírem unidades independentes, podem pertencer a proprietários diversos em regime de propriedade horizontal”.

²² §3º, do art. 23 da Lei 8.245/1991: “No edifício constituído por unidades imobiliárias autônomas, de propriedade da mesma pessoa, os locatários ficam obrigados ao pagamento das despesas referidas no § 1º deste artigo, desde que comprovadas”.

elemento acessório essa pluralidade de “condôminos”, existe ainda um segundo fundamento em reforço a admissibilidade do condomínio de único dono.

O artigo 1.332 do CC fixa requisitos para a instituição do condomínio, afirmando que devem ser discriminadas e individualizadas unidades autônomas de propriedade exclusiva; mas não exige a pluralidade de titulares para cada unidade, ou seja, cada unidade autônoma pode pertencer ao mesmo titular.

Dito de outro modo, exige-se multiplicidade de áreas exclusivas e não multiplicidade de sujeitos. E até porque a relação jurídica pode não possuir titular, por envolver relação entre situações jurídicas e não necessariamente relação entre sujeitos. Por muito mais razão, admite-se um sujeito único na relação jurídica. Na relação condominial edilícia existem, obrigatoriamente, situações jurídicas autônomas em relação a cada unidade, criando centros de interesses independentes, embora seja despidendo a multiplicidade de sujeitos para cada centro autônomo, que pode perfeitamente recair sobre a mesma pessoa.

Linguisticamente, também subsistiria o problema em relação ao condomínio de lotes urbanos, onde não existe edificação. Se a expressão utilizada influi-se na qualificação, melhor seria adotar-se propriedade especial (áreas exclusivas e comuns) para contrapô-la à propriedade comum, ou seja, propriedade independentemente de copropriedade (condomínio) e edificação (edílico). Todavia, alinhando-se à irrelevância que tem o rótulo para o processo de qualificação, este trabalho utilizará indiscriminadamente as expressões propriedade horizontal, condomínio edilício e propriedade especial.

Por sua vez, verifica-se com facilidade o interesse merecedor de tutela no condomínio de lotes. Isto porque se tornou frequente a comercialização de lotes por meio de fraude, escapando-se das rigorosas exigências da lei de parcelamento do solo urbano. Para tanto, alienam-se frações ideais e divide-se – de fato, e não juridicamente - o terreno, criando loteamentos de fato ou fechados, ou seja, aparentes condomínios edilícios com áreas exclusivas e comuns, quando, tecnicamente, só existem áreas comuns. Daí porque são tidos como irregulares ou clandestinos. Esse é o entendimento de Tribunais de Justiça²³ estaduais, que tem admoestado registradores imobiliários e tabeliães a fiscalizarem tais fraudes.

²³ É o caso do Rio de Janeiro, pois o Tribunal de Justiça (Consolidação Normativa Extrajudicial - CODJERJ) define a hipótese como “loteamentos clandestinos”, prevendo o art. 647 do CODJERJ: “os oficiais de registro de imóveis são obrigados, sob pena de caracterizar falta disciplinar, a fiscalizar o uso de escritura de compra e venda de fração ideal, com formação de condomínio civil, como instrumento de viabilização da criação de loteamentos irregulares ou clandestinos, e de burla à lei de parcelamento do solo, o que poderá ser depreendido não só do exame do título apresentado para registro, como também pelo exame dos elementos constantes da matrícula.

§ 1º. Os Oficiais de Registro de Imóveis, para cumprir o disposto no caput, deverão dedicar especial atenção às sucessivas alienações de diminutas frações ideais de um determinado imóvel, muitas vezes em percentual

Sob perspectiva histórica, nota-se facilmente a explicação para que as estruturas condominiais transformem-se criativa e velozmente, especialmente ao longo do último século. O ponto de partida para tais modificações, na transição do século XIX para o século XX - especialmente a partir da década de 20 – recaiu sobre a proliferação das habitações coletivas, especialmente por meio dos cortiços²⁴ que compunham o ambiente social escravocrata pós 1888²⁵. E por sua vez, tais espaços de moradia coletiva justificam-se por duas outras causas históricas: a) desenvolvimento industrial²⁶; b) concentração populacional urbana²⁷.

idêntico, e nas quais os adquirentes não guardam relação de comunhão ou de identidade entre si, tais quais parentesco ou amizade.

§ 2º. Suspeitando o Oficial de Registro de Imóveis da formação de loteamento irregular/ clandestino, ou de burla às normas legais que regulam o parcelamento do solo, pela via transversa da escritura de compra e venda de fração ideal, deverá comunicar o fato à Corregedoria Geral da Justiça, ao Ministério Público e à Prefeitura Municipal da Comarca, para que adotem as providências cabíveis, sendo certo que a omissão no cumprimento desta diligência sujeitará o mesmo à apuração de responsabilidade disciplinar.

...

§ 5º. Convencido o Oficial de Registro de Imóveis, de que a venda da fração ideal se faz em burla da legislação de loteamentos, deverá exigir o cumprimento dos requisitos do referido diploma legal, para a inserção do título no registro imobiliário e, em não sendo atendida a exigência, negará registro ao título. Nesta última hipótese, não concordando a parte com a exigência formulada pelo Oficial ou com a negativa de registro do título, poderá ser suscitada a dúvida prevista no artigo 198 da Lei n.º 6.015/73, ao Juízo de registros públicos competente.

²⁴ O termo cortiço é utilizado historicamente para significar habitação coletiva e tem origem na associação feita entre as estalagens e as colmeias de abelhas. De acordo com os léxicos (vide, por exemplo, o dicionário etimológico nova fronteira), cortiço é a “caixa cilíndrica, de cortiça, na qual as abelhas fabricavam o mel e a cera”. Essa associação possivelmente tem por causa o fato dos trabalhadores, assim como as abelhas, passarem o dia na labuta, em meio a intenso zumbindo, retornando aos minúsculos casulos no final do dia. Sobre outros possíveis significados, ver “dos cortiços às favelas e aos edifícios de apartamentos — a modernização da moradia no Rio de Janeiro” (Lilian Fessler Vaz, publicado na Revista de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, denominada “análise social”, Vol. XXIX. Acesso eletrônico em 08/07/14: www.analisesocial.ics.ul.pt).

²⁵ Sabe-se que a denominada Lei Áurea (Lei Imperial n.º 3.353) foi sancionada em 13 de maio de 1888, mas precedida de atos abolicionistas antecedentes como a lei n.º 2.040 (Lei do Ventre Livre), de 28 de setembro de 1871, que libertou todas as crianças nascidas de pais escravos e pela lei n.º 3.270 (Lei Saraiva-Cotegipe), de 28 de setembro de 1885, que regulava “a extinção gradual do elemento servil” (ver História concisa do Brasil, Francisco M. P. Teixeira, ed. global, 2ª edição, 2000). Paradoxalmente, reconheça-se que a libertação formal atira e aprisiona esses recém-libertos num contexto de absoluta exclusão econômica, político e social, criando-se assim uma imensa minoria de excluídos da competição em torno das verdadeiras oportunidades, senão quantitativa, sem dúvida alguma qualitativa, transferindo-se de geração para geração. E reflete-se até hoje na absoluta ausência de oportunidades reais para essa esmagadora maioria-minoritária, embora o economicismo aceite – sem explicar suficientemente suas causas - a naturalização de tais desigualdades, a ponto de equivocadamente identificar nova “nova classe média” por critérios puramente econômicos e baseados simplesmente na facilitação de acesso ao crédito e ao consumo, visão esta reducionista e que despreza a “herança imaterial” e outros critérios simbólicos e economicamente invisíveis que remetem a condições sociais, emocionais, morais e econômicas que são transferidas de geração para geração e sem as quais não há condições para uma competitividade real e inclusão na verdadeira classe média. Tais elementos traduzem-se em hábitos da vida dos integrantes da reduzidíssima e genuína classe média (v.g.: hábitos de leitura diária, estímulo ao ensino de língua estrangeira, acesso a cultura e viagens ao exterior, proximidade no acompanhamento da educação dos filhos, enfim, exemplos familiares que tendem a inconscientemente serem reproduzidos pelos filhos), indispensáveis para permitir-se criar o indivíduo produtivo e competitivo em todas as esferas da vida, dados esses que o economicismo triunfante infelizmente não consegue considerar, escondendo potencialmente as verdadeiras causas para as desigualdades no Brasil. Essa esmagadora maioria de trabalhadores então formam uma “nova classe trabalhadora” e não uma verdadeira classe média, integrando o que, provocativamente, chama-se “ralé brasileira”, de modo que a “construção social da subcidadania” e a compreensão da modernidade periférica também precisam ser examinadas sob essa perspectiva. Sobre o tema, recomendam-se a leitura de três obras de Jessé de Souza: a) a ralé brasileira – quem é e como vive (Editora UFMG, 2011, 1ª reimpressão); b) os batalhadores brasileiros – nova classe média ou nova classe trabalhadora (Editora UFMG, 2012, 2ª edição); c) a

Essa evolução histórica, substrato das transformações condominais, pode ser didaticamente dividida em três etapas em pouco mais de um século: i) condomínio geral voluntário (fim do século XIX, com o projeto do CC/16); ii) condomínio edilício (início do século XX, com o Decreto 5.481 de 25 de junho de 1928 a partir da verticalização das construções); iii) novas estruturas condominais (início do século XXI).

Dito de modo diverso, a imprestabilidade das habitações coletivas para atender às necessidades sanitárias no início do século XX, somada à concentração populacional e revolução industrial, formaram o amálgama necessário para catapultar a construção civil e direcionar a atividade econômica para esse novo foco. Por consequência, tornaram-se logo escassas as áreas a construir e o adensamento populacional nas cidades²⁸ forçou a verticalização das construções.

E na esteira desse progresso surge a necessidade de captar recursos para a construção, criando-se então a operação econômica de incorporação imobiliária, ponto de partida para o surgimento da maioria dos condomínios edilícios desde aquela época.²⁹ Definiu-se então tal categoria (art. 28 da Lei 4.591/64³⁰) a partir da própria atividade econômica. Com acerto,

construção social da subcidadania – para uma sociologia política da modernidade periférica (Editora UFMG, 2012, 2ª edição).

²⁶ A transição do processo de manufatura pela produção através de máquinas ocorreu na Europa entre 1760 a 1840. No Brasil a industrialização foi iniciada durante o período imperial e especialmente entre o fim do século XIX e o início do século XX.

²⁷ O Rio de Janeiro no Sec. XIX, apesar de já ser a capital do império, ainda era uma cidade pequena e de feições coloniais, sendo a economia basicamente assentada na agricultura e no comércio. Quando ainda era colônia portuguesa, em 1808, com a chegada de Dom João e sua corte, a população do Rio de Janeiro era de aproximados 66.000 habitantes. Os primeiros efeitos da revolução industrial que ocorria na Europa associados a outros acontecimentos como o fim da escravidão (1888) e a proclamação da república (1889) fez com que, entre 1870 e 1890, o crescimento demográfico da população do Rio de Janeiro acusasse uma elevação de 235.000 para 522.000 habitantes.

²⁸ “Sociólogos e urbanistas se rendem a evidência de que a deserção dos campos e a concentração nas cidades constitui uma característica do mundo contemporâneo, impondo-se, uma vez que as cidades não podem crescer indefinidamente, a gradual substituição das moradias individuais pelos grandes edifícios, de forma a eliminar os problemas de transporte, entrega de correspondência, condução escolar, policiamento, etc., tudo isso resultando numa descomunal perda de tempo e de esforço produtivo” (FRANCO, J. Nascimento & GONDO, Nisske. Incorporações Imobiliárias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 2).

²⁹ Sensível às necessidades do seu tempo, o Estado do Rio de Janeiro admite a abertura de matrículas (ato inaugural do registro imobiliário) apenas com o registro do memorial de incorporação, isto é, passa a existir a matrícula do terreno (área comum) e das unidades (área exclusiva) sem que a construção tenha sido iniciada, esclarecendo-se tal fato. Nesse sentido é o art. 661 da Consolidação Normativa Extrajudicial: “no procedimento de registro de incorporação, é facultado o desdobramento de ofício da matrícula em tantas quantas forem as unidades autônomas integrantes do empreendimento, conforme os artigos 674 e 464, parágrafo único, desta Consolidação. § 1º. Com o registro da incorporação imobiliária, a qualquer tempo é facultado ao incorporador requerer a abertura de tantas matrículas quantas sejam as unidades decorrentes do registro da incorporação realizada, entendida aí a descrição da futura unidade autônoma. § 2º. Na hipótese do § 1º, por averbação, deverá ser feita a ressalva de que se trata de obra projetada e pendente de regularização registral, no que tange à sua conclusão. § 3º. Neste caso, serão devidos os emolumentos referentes ao registro da incorporação e às averbações procedidas”.

³⁰ “Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito

afirmou-se que “o incorporador existiu antes de o direito ter cogitado dele. E viveu bem dizer na rua ou no alto dos edifícios em construção, antes de sentar-se no gabinete dos juristas ou no salão dos julgadores³¹”.

Logo essas construções passaram a desempenhar outras e novíssimas funções. Foi assim, ilustrativamente, na segunda metade da década de 60, quando os *shoppings centers* começaram a surgir³² e proliferaram-se país afora inspirados pela criatividade norte-americana, que concebeu templos de consumo formados por *mix* de atividades reunidas em construção estratégica e dotada de corredores técnicos de circulação (*malls*).

Na ocasião alguns *shoppings centers* adotavam a estrutura condominial edilícia entre empreendedor, proprietário da quase totalidade de unidades, e algumas pouquíssimas lojas âncoras que adquiriam a propriedade de lojas. Formam-se assim, junto com a maioria de lojistas-locatários, espaços de consumo aptos à criação dos elementos corpóreos e incorpóreos que compõem o estabelecimento ou fundo empresarial³³ autônomo do *shopping center* – chamado por isso “sobrefundo de comércio³⁴” ou duplicidade de fundo - e que não se confunde com fundo empresarial de cada lojista, de modo a atribuir ao empreendimento uma irresistível capacidade de atração de público e justificando a cobrança de remuneração diversa das luvas, denominada como *res sperata*.

Para a persecução desse projeto, adotaram-se estruturas jurídicas as mais diversificadas, das quais só algumas condominiais edilícias, havendo ainda condomínios gerais voluntários e *shoppings centers* que são propriedade de pessoa jurídica única, embora com divisão de espaços destinados ao uso exclusivo e ao uso comum, a recomendar, neste último caso, a aplicação da disciplina jurídica do condomínio edilício. E alguns condomínios empresariais passaram a adotar aspectos assemelhados aos dos *shoppings centers*, criando-se sensível dúvida sobre sua qualificação e disciplina jurídica aplicável. E tudo isso sem cogitar-

de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”. (Lei 4.591/64).

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 191.

³² Embora o surgimento dos *shoppings centers* remeta a década de 50 nos EUA, com o fim da segunda guerra, “o primeiro *shopping center* do Brasil, o Iguatemi, foi construído na cidade de São Paulo e inaugurado em 1966” (BASILIO, João Augusto. Shopping Centers. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 2). A Abrasce (Associação Brasileira de Shoppings Centers foi criada em 1976), antes mesmo dos primeiros *shoppings centers* do Rio de Janeiro (Rio Sul, de 28 de abril de 1980; BarraShopping, inaugurado em 26 de outubro de 1981).

³³ O artigo 2555 do *Codice Civile Italiano* estabelece que “*L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore (2082) per l'esercizio dell'impresa*”. Com base no conceito italiano de azienda, o artigo 1.142 do CC estabelece mais abrangentemente que “Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

³⁴ Por todos, Sílvia Venosa (VENOSA, Sílvia de Salvo. Lei do Inquilinato Comentada. São Paulo: Atlas, 2005, p. 255).

se das profundas diferenças doutrinárias para qualificar a relação jurídica entre empreendedor e lojistas, que escapa dos objetivos deste trabalho.

Para ilustrar-se com nova estrutura utilizada no século XXI, verifica-se que especialmente nos EUA, Europa e Brasil, cresce e desenvolve-se nova tendência urbanística pelo conceito *mixed-use*, ou *mixed-use development*, propiciando a criação de dois formatos diferentes: i) edifício *mixed-use*: reunião de diversos fins, distribuído entre os andares (ex. andares *home*, *corporate*, *business* e *stores*) de um edifício; ii) complexo *mixed-use* ou complexo multiuso: áreas imobiliárias divididas, para propiciar construções diversas, como edifícios residenciais, comerciais, hotéis, shoppings e outros, isto é, combinando-se uso residencial, comercial, cultural, institucional ou industrial, onde as funções são física e funcionalmente integradas, especialmente como parte de políticas públicas urbanísticas e de mobilidade urbana.

Os desafios são diversos.

No edifício *mixed-use*, destaca-se principalmente a função da convenção de condomínio como instrumento fundamental para disciplinar e viabilizar o funcionamento dinâmico do empreendimento, reforçando-se a necessidade de apontar critérios para verificar o merecimento de tutela de tal conteúdo a partir dos interesses que forem individualizados.

No complexo multiuso ou *mixed-use*, destaca-se antes a estrutura a ser adotada para a própria separação de espaços, geralmente o parcelamento do solo urbano ou a constituição de condomínio edilício – tornando discutíveis as vantagens e desvantagens de cada modelo - com os mesmos desafios para a convenção de condomínio cumprir a função econômica de disciplinar e viabilizar esta operação econômica.

A livre iniciativa torna o mercado imobiliário o incansável e irrefreável polo de produção de operações econômicas cada vez mais fecundo³⁵. Em outro segmento mercadológico, o substrato das mudanças decorreu do crescimento do turismo profissional e de lazer, causa principal para o aumento exponencial do número de hotéis espalhados pelo mundo, tornando-se assim responsável pela criação de novos centros de interesses em relação à atividade hoteleira. Tradicionalmente restrita a específicos grupos de investidores, abre-se a qualquer pessoa, até mesmo aquelas que não possuem *expertise*, a oportunidade de investir

³⁵ Com acerto, lembra-se a partir da historicidade que “uma vez especificado que o direito faz parte da complexa realidade social e que o ordenamento é unitário, é preciso inserir o fato singular ou o problema particular na mais vasta e global problemática sócio-jurídica, sem cair no excessivo amor pelas generalizações e pelas chamadas teorias gerais”. (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 143).

em hotéis por meio da atividade de incorporação imobiliária, obtendo-se a garantia da (co) propriedade. São os condomínios de hotéis, ou simplesmente condo-hotéis.

A operação econômica é complexa, e por consequência desafiadora sua estruturação jurídica. Ao adquirir sala em edifício comercial ou apartamento em prédio residencial, o adquirente torna-se senhor do seu próprio destino. Todavia, ao adquirir unidade em condo-hotel, os desígnios individuais precisam se substituir pela sinergia, de modo que o investidor deve inserir sua unidade exclusiva a *pool*, criando-se universalidade entre as áreas exclusivas, de cuja operação resultará a desejada rentabilidade para o investimento que realizou.

Para tanto, o empreendedor costuma valer-se dos serviços de operadora hoteleira, com *expertise* neste segmento, por meio da prestação de serviços ou da locação da totalidade da construção. Juntam-se nesse arranjo diversos negócios jurídicos (v.g.: promessa de compra e venda, mandato, locação, prestação de serviços e outros) que são coligados funcionalmente para cumprir função específica, tutelando o sofisticado conjunto de interesses.

Discute-se, no campo do direito regulatório, a submissão desta operação à fiscalização pela CVM – Comissão de Valores Imobiliário, e, uma vez caracterizada a oferta pública de valor mobiliário, a possibilidade de dispensa de tal registro³⁶. Mais pontualmente, debate-se a qualificação da oferta pública de venda dessas unidades pelos incorporadores como “contratos de investimento coletivo” para o fim do art. 2º, IX, da Lei 6.385/76, dispositivo inspirado pelo conceito norte-americano de *investment contracts* e ao consequente regime das *securities*³⁷.

E sobre a estrutura condominial adotada no condo-hotel, verifica-se não somente a utilização do condomínio edilício, mas igualmente do condomínio geral voluntário, criando-se sério problema em relação à validade da cláusula que prevê a renúncia ao direito de extinguir o condomínio, a exemplo do que ocorre na multipropriedade imobiliária.

Sofisticam-se inclusive os modos de utilização de imóveis no turismo de lazer e profissional, alterando-se o conceito de hospedagem em sua perspectiva clássica e impessoal. Com a globalização e o estreitamento das relações profissionais entre estados e países, multiplicando as necessidades de deslocamento, criam-se novos conceitos para buscar bem

³⁶ Tal possibilidade é aceita e disciplinada pelo art. 4º da instrução CVM 400, de 29 de dezembro de 2003: “Art. 4º Considerando as características da oferta pública de distribuição de valores mobiliários, a CVM poderá, a seu critério e sempre observados o interesse público, a adequada informação e a proteção ao investidor, dispensar o registro ou alguns dos requisitos, inclusive divulgações, prazos e procedimentos previstos nesta Instrução”.

³⁷ Nessa linha, confira-se parecer da Advocacia Geral da União – AGU emitido em procedimento em curso na CVM para averiguar elementos caracterizadores de oferta pública de contrato de investimento coletivo: “Ementa: Venda de unidades autônomas de empreendimento imobiliário hoteleiro – Condo Hotel. Contrato de investimento coletivo. Caracterização. Art. 2º, IX, da Lei nº 6.385/76. Origem. Suprema Corte dos Estados Unidos. *SEC v W. J. Howey Company. Howey Test*. Decisão do colegiado no processo CVM RJ 2007/11.593. *Full Disclosure*. Atração do regime informacional da Lei 6.385/76 e Atos Normativos editados pela CVM. Instrução CVM nº 400/03. Outras recomendações.

estar aos viajantes, como os hotéis com destinação *long stay*, ou então acomodações destinadas ao lazer com estruturas *home stay*, baseada na premissa de que “não basta visitar, é preciso viver a realidade local”.

Em suma, todas essas inquietações revelam que o condomínio é um simples conceito jurídico, elaborado para traduzir sinteticamente regras e princípios aplicáveis a determinada situação de fato. Mas como qualquer conceito jurídico, não pode pretender-se uma realidade autônoma e a-histórica, como se textos legais e livros jurídicos pudessem exaurir suas possibilidades sociais e econômicas, de modo que o conceito precisa adequar-se a realidade e necessidades de cada momento.

De modo que “os conceitos jurídicos refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. Daí que, para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade econômica que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica³⁸”.

Com base nessas premissas, esta dissertação divide-se em três capítulos, além desta introdução e da conclusão, inserindo-se o estudo do condomínio edilício no âmbito da problemática social e econômica responsável pelas suas transformações³⁹.

No primeiro capítulo, demonstra-se que o sistema normativo brasileiro expressamente reconhece a pluralidade de estruturas proprietárias a partir do perfil funcional de cada estrutura. E que o *números clausus* constitui-se em regra expressa no artigo 172 da Lei 6.015/73 em relação aos direitos reais. Tal cenário, todavia, não se revela óbice, mas, ao contrário, autoriza que a autonomia privada crie e molde o conteúdo dos direitos reais, distinguindo-se taxatividade e tipicidade, como se explicará no primeiro capítulo.

No segundo capítulo examina-se o condomínio geral voluntário, o condomínio edilício e então as novas modalidades condominiais, mostrando-se a evolução rápida da estrutura do condomínio a partir de novas funções exigidas pelas transformações sociais e econômicas, especialmente a partir do final do sec. XX e início do sec. XXI.

Por fim, no último capítulo, aborda-se o procedimento de qualificação dessas novas realidades, para, então, examinar quatro estruturas novas de condomínio: i) condomínio de

³⁸ Nesse sentido, Enzo Roppo (ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7).

³⁹ Neste sentido, atesta Gustavo Tepedino: “há, no Brasil, estruturas monumentais de condomínios, empreendimentos que abrigam, em seu bojo, a um só tempo, shoppings centers, apart-hotéis, hotéis em sistema de time-sharing, prédios residenciais, prédios comerciais, tudo a partir da convenção entre os condôminos, expressão da autonomia privada” (TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 165).

único dono; ii) *mixed-use-developmnet*; iii) condomínio de hotel (condo-hotel); iv) condomínios de lotes urbanos e de casas.

1 DIREITOS REAIS E AUTONOMIA PRIVADA

1.1 Introdução: estrutura (s) proprietária (s)

O estudo do condomínio edilício e de suas transformações impõe reflexões prévias sobre alguns aspectos dos direitos reais, especificamente do direito de propriedade exclusivo, admitido o condomínio edilício como estrutura nova de direito real⁴⁰, resultado da insuficiência da propriedade exclusiva e do próprio condomínio tradicional para explicar, qualificar e disciplinar a coexistência simbiótica de partes destinadas ao uso exclusivo com outras destinadas ao uso comum.

Distingue-se a propriedade tradicional da propriedade onde coexistem áreas exclusivas e comuns. Basta lembrar as diversas restrições legais impostas a propriedade exclusiva, em atenção à primazia do interesse coletivo: i) não pode usar sua unidade para fim diverso daquele previsto na instituição (art. 1.336, IV, CC); ii) o abrigo para veículo que possua matrícula própria não pode ser alienado ou alugado para pessoas estranhas ao condomínio, “salvo autorização expressa na convenção de condomínio” (art. 1.331, § 1º, CC); iii) não pode alienar parte acessória a terceiro se a convenção ou a assembleia proibir (art. 1.339, § 2º, CC); iv) não pode realizar obras que alterem a “forma e a cor da fachada, das partes externas e esquadrias externas” (art. 1.336, III);

Esse novo direito real terá boa parte do seu conteúdo fixado pela autonomia privada, ao contrário do que ocorre na propriedade exclusiva comum, sobretudo por meio da convenção de condomínio e das assembleias ordinárias e extraordinárias. Para além de afirmação puramente dogmática, percebe-se que o próprio artigo 1.334 do CC cria algumas regras que a convenção deve conter, sem prejuízo de outras “que os interessados houverem por bem estipular”.

É o caso do condomínio criado para desenvolver-se como condo-hotel, funcionalizando a faculdade de usar de cada condômino em benefício do *pool* destinado a locação, ou, ainda, do complexo multiuso, onde a administração de cada bloco exige descentralização e criação de mais órgãos administrativos – diversos síndicos, subsíndicos,

⁴⁰ Confira-se a lição de Darcy Bessone: “essa realidade vital indica a natureza jurídica do novo instituto. Ela é de caráter orgânico. Trata-se de uma relação bifrontal, pois, como vista de um lado, é uma propriedade exclusiva, enquanto, olhada do outro, é condominial. Mas esse dualismo facial não elimina o fato de que ela é indissociavelmente uma só e mesma relação. Esta, a sua natureza jurídica, híbrida, mas sempre unitária, como unitário é o complexus, em geral” (BESSONE, Darcy. *Direitos Reais*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 69).

administradores de blocos ou expressão que se prefira – por meio da convenção de condomínio.

Desafia-se a legalidade civil-constitucional para identificar os limites para a atuação dos órgãos de funcionamento do condomínio, especialmente o síndico e as assembleias, sendo que esta última ainda precisa ter definidos os limites para a criação do conteúdo que formará a convenção de condomínio e por consequência do próprio direito real.

Observa-se que essas transformações decorrem de novos modos de aproveitamento econômico dos bens jurídicos, proporcionado por estruturas e funções condominiais cada vez mais criativas, embora encontrando sérios obstáculos na civilística tradicional, notadamente quando admitido acriticamente o controverso paradigma do *numerus clausus*, justificativa central utilizada pela manualística para não admitir a criação e o registro imobiliário de direitos reais por suposta ausência de previsão legal, sem realizar-se prévio e indispensável cotejo entre duas hipóteses inconfundíveis: criação de novas estruturas vs. alteração de estruturas existentes.⁴¹

Ocorre que a realização de funções sociais e economicamente desconhecidas e diversas das funções tradicionalmente realizadas não precisam sequer descaracterizar a estrutura mínima do direito real existente, já que a cada estrutura mínima (essencial) soma-se conteúdo (acessório) que destaca as pluralidades de estruturas a partir de um perfil funcional da propriedade, ou seja, o direito de propriedade e o condomínio edilício não se desqualificam ao realizarem outras funções.

A ausência de reconhecimento desse perfil funcional pode opor fato social e direito. Basta pensar no condomínio de lotes, situação fática frequentemente utilizada para realizar o direito fundamental à moradia, embora não preencha o elemento da edificação, considerado essencial para a doutrina tradicional. Por isso, impedindo-se a qualificação condominial edilícia e conseqüente disciplina jurídica, motivando que tais proprietários utilizem inadequadamente o condomínio geral voluntário por meio da venda irregular de frações ideais.

Do mesmo modo, a criação de estruturas onde a construção possui partes destinadas ao uso exclusivo e outras destinadas ao uso comum recai, muitas vezes, sobre proprietário único, afastando-a da copropriedade, efeito semântico da expressão condomínio.

⁴¹ Sobre o tema, recomenda-se as obras de José de Oliveira Ascensão (ASCENSÃO, José de Oliveira. A Tipicidade dos Direitos Reais. Lisboa: Livraria Petrony, 1968, p. 68). No Brasil, confirmam-se as obras de Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 138), André Pinto da Rocha Osorio Gondinho (GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16) e Roberta Mauro Medina Maia (MAIA, Roberta Mauro Medina. Teoria Geral dos Direitos Reais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 106).

E então confunde-se a função para a qual foi concebido o condomínio edilício em sua origem histórica com a função desempenhada pela mesma estrutura na contemporaneidade⁴², remetendo-se a raciocínio puro e estagnante subsuntivo e silogístico, descompromissado com o ativo papel desempenhado pela Constituição da República na contemporaneidade e consequente necessidade de funcionalização e ressignificação dessas estruturas para realizá-los, ao contrário do que propõe o confortável formalismo positivista.

Daí a necessidade de examinar o fato social e econômico para qualificá-lo por meio dos efeitos que são produzidos, de modo funcional, a partir do qual a própria estrutura poderá ser alterada. Por consequência surge a possibilidade de criação de múltiplas estruturas proprietárias e condominiais edilícias, cujo exame deve ser feito casuisticamente para o fim de identificar-se (ou não) o merecimento de tutela de tais criações e suas funções.

Atesta-se, assim, a viabilidade de coexistirem múltiplas estruturas condominiais edilícias. Desse modo, insiste-se na necessidade de verificar se o uso criativo de bens jurídicos, especialmente a partir do bem imóvel por natureza (terreno), reúne os elementos essenciais que caracterizam o condomínio edilício, ou seja, é preciso identificar quais são esses elementos para distingui-los daqueles considerados meramente acessórios, já que estes não servem para qualificar a estrutura e identificar a disciplina jurídica.

Voltando-se para os exemplos há pouco citados, é preciso verificar se a existência de construção nas áreas comuns representa elemento essencial ou acessório do condomínio edilício (condomínio de lotes)⁴³, assim como identificar se a existência de mais de um proprietário caracteriza-se como elemento essencial para sua qualificação (ex. condomínio de único dono).

Por meio de raciocínio subsuntivo o significado semântico de “condomínio” (mais de um proprietário) “edilício” (edificação) seria o bastante para afastar a qualificação condominial edilícia para o “condomínio de lotes” e o “condomínio de único dono”.

O equívoco é de fácil percepção, pois bastaria substituir-se a expressão “condomínio edilício” por “propriedade horizontal” ou “propriedade especial” para afastar essas celeumas,

⁴² Norberto Bobbio censura o estruturalismo, por celebrar seus próprios triunfos, dizendo que “em poucas palavras, aqueles que se dedicaram à teoria geral do direito se preocuparam muito mais em saber como o direito é feito do que para que serve o direito. A consequência disso foi que a análise estrutural foi levada muito mais a fundo do que a análise funcional” (BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura e Função*. Barueri: Manole, 2007. P. 54).

⁴³ Perlingieri lembra que “a doutrina, ao definir a noção de relação jurídica, colocou em evidência unicamente o seu perfil estrutural, não levando em consideração que toda noção jurídica apresenta uma estrutura e uma função”. E conclui ensinando que “a relação jurídica é, portanto, sob o perfil funcional, regulamento, disciplina de centros de interesses opostos ou coligados, tendo por objetivo a composição destes interesses. A relação jurídica é regulamento dos interesses na sua síntese: é a normativa que constitui a harmonização das situações subjetivas. Ela se apresenta como ordenamento do caso concreto” (PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 737).

a recomendar que o significado linguístico da expressão empregada pela legislação ao referir-se às categorias jurídicas não atue como bússola hermenêutica.

No capítulo III deste trabalho, essas duas estruturas serão estudadas especificamente, quando então serão qualificadas a partir da metodologia civil-constitucional, investigando-se para o que servem para então descobrir-se o que são, com a consequente verificação do merecimento de tutela pelo ordenamento jurídico.

Por este primeiro capítulo busca-se tentar demonstrar não apenas dogmaticamente, mas especialmente com base na própria legislação brasileira, que a propriedade pode adotar diversas estruturas, raciocínio extensível aos condomínios edilícios.

Especialmente mostrando-se de que modo a autonomia privada dialoga e molda o conteúdo dos direitos reais, e, por consequência, verificar se o exercício desta autonomia é legítimo e merece a proteção do ordenamento jurídico, tarefa complexa e que reclama critérios objetivos mínimos. Na realidade, tem-se verificado que a resistência ao primeiro momento (coexistência entre autonomia e direitos reais) simplesmente tem levado a doutrina a não discutir com profundidade critérios seguros e objetivos para controlar o segundo momento (o exercício da autonomia na criação das cláusulas da convenção).

Reflexivamente, basta pensar-se na cláusula que proíba a moradia de crianças, hipoteticamente prevista em condomínios residenciais, empresariais e nos “condomínios de idosos⁴⁴”. Em abstrato, seria possível afirmar-se que tal cláusula merece a proteção do ordenamento jurídico, de modo a aplicá-la ou afastá-la subsuntivamente em qualquer situação?

Poder-se-ia cogitar a violação do direito de propriedade por tal cláusula. Tal raciocínio revela o equívoco de considerar a disciplina da vida condominial por meio da convenção como acontecimento externo ao direito de propriedade. Na realidade, pela convenção disciplina-se o próprio conteúdo do direito real condominial edilício, ou seja, é preciso verificar não a afronta ao direito de propriedade, e sim eventual ilegalidade no conteúdo e exercício proprietário a partir dos limites estabelecidos pela legalidade civil-constitucional.

⁴⁴ O art. 1º, IV, da CF, eleva a livre iniciativa privada ao *status* de fundamento constitucional. No exercício dessa liberdade, são criados condomínios edilícios com limite etário para ingressar em tais estruturas, de modo que as convenções de condomínio chegam a interferir, até mesmo, no modo de utilização da área exclusiva. Justifica-se tal premissa pela prioridade constitucional dispensada para o idoso (art. 229 e 230 da CF), com a criação de espaços de moradia arquitetonicamente planejados, tranquilidade pela restrição de crianças e adultos não idosos, assistência por empregados especializados e lazer em espaços criados e administrados por funcionários preparados. Em contraposição, argumenta-se que o art. 230 da CF estabelece que a “família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. E tais condomínios, excluindo-se adultos não idosos e crianças, a pretexto de proteger o bem estar dos idosos, supostamente não lhes asseguraria a “participação na comunidade”.

Restrições de acesso e horários às áreas comuns (ex. obrigatoriedade de pagamento do serviço de estacionamento em condomínios empresariais) e às próprias unidades (ex. horário para iniciar e encerrar atividades empresárias) são comuns em condomínios empresariais. Tais escolhas refletem a disciplina da faculdade de usar e assim passam a integrar o próprio conteúdo do direito real condominial, extraindo-se, assim, o equívoco de considerar que a “convenção não pode desrespeitar o direito de propriedade”, ao invés de afirmar-se que “a disciplina do conteúdo do condomínio edilício pela convenção encontra limites na legalidade civil-constitucional”.

Por essa linha faz-se obrigatório apontar critérios para controlar o merecimento de tutela da convenção de condomínio, objeto do capítulo II deste trabalho, com destaque para o reconhecimento do condomínio como espaço onde são realizadas as personalidades dos seus habitantes, especialmente no caso de condomínios residenciais, e também o espaço de realização da livre iniciativa privada e o direito social ao trabalho, sobretudo nos condomínios empresariais.

Sobressai nesse ponto o papel da convenção de condomínio como instrumento de preenchimento e fixação de parte do conteúdo do direito real condominial, impondo-se a criação de critérios para direcionar o aplicador durante a tarefa desafiadora de verificar se o exercício da autonomia privada, e por consequência do conteúdo da propriedade, mostra-se merecedor de proteção por parte do ordenamento jurídico, admitindo-se a convenção de condomínio⁴⁵ como negócio jurídico criador de situações jurídicas existenciais e patrimoniais.

Outro ponto importante e ligado ao pensamento civil tradicional é que o raciocínio reducionista da complexidade em que estão inseridos os direitos reais só enxerga a ligação estática e submissa entre titular e rés, ignorando a relação jurídica dinâmica entre os sujeitos que titularizam as situações jurídicas reais, indispensável para a compreensão da propriedade.

Destaca-se o objeto do direito de real de propriedade e não sua dinâmica, transmitindo-se a impressão de que existe uma estrutura jurídica padronizada, a-histórica, imutável e reproduzida homogeneamente em qualquer propriedade, todas elas possuindo em

⁴⁵ Miguel Maria de Serpa Lopes classifica as várias normas de regulamentação condominial que podem surgir: “a) normas indispensáveis à própria vida das relações entre os comunistas; b) normas limitativas do uso da coisa comum; c) normas produzindo uma particular vantagem em prol de uma coisa sob propriedade privada criando um ônus em benefício de um e em detrimento de outro” condominial. Para justificar a aplicação de tais cláusulas a terceiros adquirentes, bastaria considerá-la conteúdo de direito real oponível erga omnes. Todavia, referido mestre opta por dizer que “sobre a eficácia de tais normas em relação aos adquirentes, a qualificação jurídica adequada é a de serem elas consideradas obrigações propter rem, enquanto alguns juristas qualificam tais faculdades como genuínas servidões”. (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 346). Este tema será aprofundado no capítulo II deste trabalho.

comum a possibilidade de exercício, em abstrato, das faculdades de usar, fruir, dispor e reaver a coisa.

O desacerto é reforçado notando-se que a utilidade de um imóvel objeto da propriedade pode ao mesmo tempo ser objeto de situações jurídicas reais diferentes, como as do usufrutuário, superficiário e outras, cada qual com conteúdo autônomo e diverso, revelando-se a coligação entre situações jurídicas reais⁴⁶ e desmentindo a percepção de que na relação jurídica real liga-se somente a *res* ao titular da propriedade. Vê-se que cabe ao proprietário do solo respeitar o direito de propriedade do superficiário e vice-versa, cumprindo ao nu-proprietário respeitar o direito de usar e fruir do usufrutuário.

Adota-se como premissa fundamental para o raciocínio desenvolvido ao longo do trabalho a afirmação de que estrutura e função são premissas de qualquer noção jurídica, de modo que a função molda a estrutura e possibilita que estrutura única realize funções diferentes do mesmo modo que estruturas variadas desempenhem mesma função, estudando-se os direitos reais por sua estrutura e função.

Pela perspectiva estrutural, a relação jurídica de propriedade liga de modo protetivo a situação jurídica do proprietário com as situações que constituam centros de interesses antagônicos e conflitantes (ex. faculdade de usar, fruir, dispor e reaver previstas pelo art. 1228 do CC), incluindo sujeitos de relações coligadas que recaem sobre o mesmo objeto.

Já pela perspectiva funcional cria-se relação solidária e de abstenção para a situação jurídica de proprietário com outros centros de interesses, impondo-se ao proprietário, v.g., respeitar o direito ao sossego alheio (art. 1277 do CC), preservando a flora e fauna (art. 1228, § 1º), os bons costumes e principalmente a boa-fé objetiva em virtude de situações de confiança legítima que tenham sido criadas pelo exercício ou não exercício das faculdades proprietárias (art. 187 do CC)⁴⁷, mas igualmente possuindo liberdade para realizar interesses sociais e econômicos merecedores de proteção e conciliados com aqueles limites internos.

Cumprido a este capítulo discutir a existência de previsão no ordenamento jurídico quanto à existência de pluralidade de estruturas proprietárias, e por consequência

⁴⁶ Referindo-se a coligação entre situações reais, Perlingieri ensina que “a relação real não se identifica com a res, ela se justifica em um âmbito mais complexo e concreto que é a ligação entre situações. Um bem pode ser contextualmente ponto de referência de várias situações de conteúdo diverso: propriedade, usufruto, superfície e uma pluralidade de situações da mesma natureza” (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 922).

⁴⁷ O STJ enfrentou a questão ao julgar o Recurso Especial 214.680, relatado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar e julgado em 10/08/99: “CONDOMÍNIO. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o statu quo. Aplicação do princípio da boa-fé (suppressio).

condominiais edilícias, utilizando-se de dois exemplos que ajudarão a revelar que a própria ordem jurídica não se satisfaz com o perfil reducionista-estrutural da propriedade, baseado no poder do titular sobre a coisa, com destaque apenas para o bem jurídico imóvel e não para a complexidade da relação jurídica onde está inserido.

Ver-se-á com isso que para além do perfil estrutural há casos em que a ordem jurídica explicita a necessidade de verificar o perfil funcional para a correta interpretação, qualificação e indicação da disciplina jurídica do fato jurídico, identificando-se a estrutura a partir da síntese dos efeitos concretos e essenciais que são produzidos.

Com efeito, destaca-se ainda a importância do direito registral, admitindo-se que o papel de controle de conteúdo quase sempre é feito com mais premência pelos notários e registradores imobiliários, a quem a ordem jurídica⁴⁸ incumbe pioneiramente qualificar o fato social e indicar-lhe a estrutura jurídica.

Existem dois exemplos previstos pela própria ordem jurídica brasileira que contribuem fundamentalmente para introduzir o tema, problematizá-lo e a partir daí desenvolvê-lo dogmaticamente, de modo a demonstrar a viabilidade da pluralidade estrutural proprietária, a partir da função desempenhada por cada direito real. Censuram-se duas perspectivas: i) o direito real cria relação estática entre coisa *vs.* titular e não entre sujeitos, inclusive por meio de relações coligadas; ii) a estrutura e conteúdo da propriedade são comuns a qualquer direito real; iii) a função desempenhada pelo objeto da propriedade não interfere no conteúdo e estrutura.

O primeiro exemplo em 1.1.1 tem base constitucional⁴⁹ e condiciona o merecimento de tutela da propriedade a verificação da legitimidade de sua função, de modo relacional, dinâmico e solidário e não estático, a-histórico e descontextualizado. Duas propriedades distintas, mas com objetos semelhantes, podem receber soluções jurídicas diferentes, revelando a insuficiência do exame estático e limitado sobre a coisa.

Já o segundo exemplo em 1.1.2 está previsto no Código Civil e reforça a incapacidade do exame estático para qualificar a propriedade, considerando que a própria legislação exige o exame da função desempenhada para qualificar o próprio bem jurídico, perfil funcional do qual necessariamente dependerá a disciplina jurídica aplicável.

⁴⁸ Em especial pelo art. 236 da CF, ao estabelecer que: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

⁴⁹ Art. 5º, XXIII, da CF: “a propriedade atenderá a sua função social”. Tal norma extrai-se também do art. 1.228, § 1º, da CF: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

1.1.1 O exemplo da função social da propriedade (art. 5º, XXIII)

O princípio da função social foi eleito como razão constitucional para a tutela da apropriação dos bens (art. 5º, inc. XII), passando a integrar o conteúdo do direito de propriedade como limite interno ao exercício de suas faculdades. No caso da propriedade rural, esse escopo é atendido quando são realizadas as exigências do art. 186 da CR, tais como utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e explorá-la de modo a favorecer os interesses dos trabalhadores.

Por outro lado, a função social da propriedade urbana é cumprida quando o direito “atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 2º, CF), fundamental instrumento de política de desenvolvimento urbano visando seu pleno funcionamento e bem estar de seus habitantes. Do mesmo modo que é acertado dizer que a função social compõe o conteúdo da propriedade rural e urbana, não é menos correto constatar que esses conteúdos são essencialmente diversos.

Diferencia-se a natureza urbana ou rural do bem jurídico objeto do direito de propriedade para então identificar-se a disciplina jurídica. Ainda assim, mostra-se tal cenário insuficiente para verificar o merecimento de tutela do direito de propriedade e a situação jurídica proprietária. Sem a investigação da função, como exigem os dispositivos referidos, não será possível verificar a estrutura completa e concluir favorável ou contrariamente a proteção da propriedade.

No caso de bem urbano, a Lei 10.257/01⁵⁰ (Estatuto da Cidade) verifica o merecimento de tutela pelo conteúdo funcional da propriedade, consistente na ordenação das

⁵⁰ Prevê o art. 4º da Lei 10.257/01: Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; III – planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social; IV – institutos tributários e financeiros: a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU; b) contribuição de melhoria; c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros; V – institutos jurídicos e políticos: a) desapropriação; b) servidão administrativa; c) limitações administrativas; d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano; e) instituição de unidades de conservação; f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso; h) concessão de uso especial para fins de moradia; i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; j) usucapião especial de imóvel urbano; l) direito de superfície; m) direito de preempção; n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; o) transferência do direito de construir; p) operações urbanas consorciadas; q) regularização fundiária; r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos; s) referendo popular e plebiscito; t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; u) legitimação de posse. VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV). § 1º Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei. § 2º Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão

idades na forma do plano diretor. Sem desempenhar essa função legítima, só verificável no caso concreto, o direito de propriedade não merecerá proteção e ficará sujeito a sanções variadas previstas no plano diretor (ex. parcelamento do solo, edificação ou utilização compulsória, IPTU progressivo e desapropriação).

Diferente será a disciplina e as consequências relativas ao imóvel rural, já que a ausência de função merecedora de proteção autoriza a desapropriação por interesse social mediante prévia e justa indenização e desde que observadas as exigências do art. 184 da CF.

Pense-se em quatro imóveis com absoluta semelhança externa e arquitetônica, sendo dois urbanos e dois rurais. Estes quatro imóveis possuem em comum o fato de constituírem-se em bens jurídicos objetos de direitos de propriedades autônomos. Todavia, o conteúdo e disciplina são diferentes, a partir do objeto e função desempenhados, do qual depende a verificação do merecimento de tutela.

Imagine-se que dois desses quatro imóveis (sendo um urbano e outro rural) cumpram suas funções sociais e os outros dois violem tal dever axiológico e interno do direito real. Isso demonstra que o objeto imóvel já os distingue em dois grupos (urbano e rural) de estruturas proprietárias, atribuindo-se funções distintas. A questão prática consiste em verificar o exercício da propriedade a partir dessas funções autônomas que a compõem, indispensável para verificar o merecimento de tutela, a partir de aspectos qualitativos e quantitativos.

De onde se conclui que são estruturas diferentes, construídas a partir de funções distintas que desempenham, com normativa própria e que, além de tudo, podem ter destinos diversos em relação à proteção do direito. Em suma, cada um dos quatro imóveis receberá disciplina diferente do ordenamento jurídico, sendo que somente dois deles serão protegidos pelo ordenamento jurídico.

1.1.2 O exemplo dos bens divisíveis e indivisíveis (art. 87 do CC)

No art. 53, inciso I, do CC/16⁵¹, previam-se como indivisíveis os bens que “se não podem partir sem alteração na sua substância”. O art. 87⁵² do CC/02 alterou a regra e o critério de qualificação de tais bens. Substituiu-se o critério único baseado no objeto (teoria dos

de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente. § 3º Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

⁵¹ CC/16: “Art. 52. Coisas divisíveis são as que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito. Art. 53. São indivisíveis: I. Os bens que se não podem partir sem alteração na sua substância; II. Os que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou vontade das partes”.

⁵² CC/02: “Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam”.

bens) por tríplice critério, aí se incluindo o funcional, tornando-se indivisíveis os bens que não podem ser fracionados sem: i) alteração da sua substancia; ii) diminuição considerável do valor; iii) prejuízo do uso a que se destinam.

Diante dessa alteração, verifica-se que o direito de propriedade poderá ter bem divisível ou indivisível como objeto. Todavia, a qualificação deslocou o problema do bem jurídico (naturalmente divisível) para sua função (fim e valor econômico). Dito de outro modo, a própria definição do objeto (divisível ou indivisível) não é feita aprioristicamente, de forma estática e estrutural, mas a *posteriori*, dinâmica e funcionalmente, a partir da utilidade e dos interesses envolvidos na utilização concreta do bem.

A qualificação do próprio bem jurídico, e por consequência da propriedade, exige identificar a sua função prático-econômica, para então concluir-se, no caso concreto e a partir desses interesses legítimos envolvidos, se a divisão acarretará prejuízo à função desempenhada ou à desvalorização do seu valor.

Vê-se não ser a questão desprovida de interesse prático. Pense-se em duas propriedades condominiais de imóveis, cujos objetos sejam bens arquitetonicamente idênticos. O perfil que enxerga somente o poder sobre a coisa para identificar a propriedade não distinguiria um direito real de outro. Mas, igualmente, não conseguiria qualificar corretamente os bens como divisíveis ou indivisíveis. E, por consequência, indicar a disciplina jurídica. Diz o art. 87 do CC ser necessário investigar a função prático-econômica de cada bem jurídico objeto da relação.

Caso seja divisível física e funcionalmente, o direito de extinguir o condomínio (art. 1320 do CC⁵³) será exercido pelo coproprietário através do procedimento especial previsto para a ação de divisão (art. 967-981 do CPC). Por sua vez, sendo indivisível o objeto da copropriedade, aplica-se ao direito de extinguir o condomínio (art. 1322 do CC) o procedimento especial de jurisdição voluntária (art. 1117, II, do CPC).

Dito de outro modo, haverá divisão do bem propriamente dito no primeiro caso e a alienação e divisão do seu produto no segundo caso. Tudo a partir da função desempenhada. Verifica-se, portanto, que são condomínios - copropriedade - com estruturas distintas, moldadas a partir de funções distintas – função econômica desenvolvida apenas por um deles

⁵³ Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão. § 1º Podem os condôminos acordar que fique indivisa a coisa comum por prazo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior. § 2º Não poderá exceder de cinco anos a indivisão estabelecida pelo doador ou pelo testador. § 3º A requerimento de qualquer interessado e se graves razões o aconselharem, pode o juiz determinar a divisão da coisa comum antes do prazo.

– e resultando em disciplinas e tutelas jurídicas distintas, por previsão legal e não (apenas) por construção dogmática.

1.2 Diálogo possível entre autonomia privada e direitos reais

Pretende-se agora demonstrar os inflexíveis pontos de imbricação entre a autonomia privada⁵⁴ e os direitos reais, pressupostos para o reconhecimento das novas funções e consequentemente novas estruturas condominiais edilícias, para em seguida verificar os critérios para o merecimento de tutela de cada conteúdo fixado pelas convenções de condomínio, expressão legítima da autonomia privada na esfera condominial edilícia.

Tal itinerário precisa ser antecedido pela ressalva de que “definir autonomia privada não é uma operação simples⁵⁵”, exortação que assinala o desafio de discorrer sobre um princípio que atua na configuração da própria ordem jurídica, de modo que cada conteúdo deve ser determinado não em abstrato, mas de acordo com as exigências de cada contexto histórico em que tiver de ser verificado.

Tradicionalmente a autonomia privada é associada às relações jurídicas patrimoniais de caráter obrigacional. Destaca-se com frequência na manualística⁵⁶ a contraposição entre direitos reais e obrigacionais como *suma divisio* das relações patrimoniais, afirmando-se que os direitos obrigacionais tem como fonte a autonomia privada em contraposição aos direitos reais, cuja configuração dependeria de previsão legal.

Se a assertiva não é totalmente desprovida de acerto, por outro lado propaga falsa contraposição entre direitos reais e autonomia privada, como se o conteúdo da propriedade não fosse moldado por meio de atos de iniciativa. Na realidade, considerando-a alicerce das relações jurídicas civis, atua a autonomia privada igualmente no campo das relações

54 Pietro Perlingieri (pag. 338) prefere utilizar a expressão autonomia negocial: [a locução autonomia privada pode induzir em erro: qualquer que seja o sentido que se queira dar ao atributo “privada” corre-se o risco de gerar sérios equívocos]. De modo que a locução mais idônea a acolher a vasta gama de exteriorizações da autonomia é aquela de autonomia negocial enquanto capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial. Querendo, pois, propor um conceito de autonomia (não privada ou contratual) negocial mais aderente a dinâmica das hodiernas relações jurídicas, pode-se descrever o referido conceito como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios”. (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338).

55 Nesse sentido, Perlingieri (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 334).

56 Por todos, confira-se a lição de Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7): “o direito das obrigações compreende as relações jurídicas que constituem as mais desenvolvidas projeções da autonomia privada na esfera patrimonial. Enquanto o direito das coisas se esgota em reduzido número de figuras, rigidamente delimitadas na lei, e submetidas à disciplina uniforme”.

existenciais e patrimoniais, sem discriminação nesta última classe, de modo a aplicar-se nas relações reais, obrigacionais e demais patrimoniais.

Encontra-se na Constituição da República dois fundamentos diferentes e centrais para o reconhecimento normativo da autonomia privada: i) art. 1º, III, da CF, por representar um dos conteúdos do princípio da dignidade da pessoa humana; ii) art. 1º, IV, e art. 170, da CF, uma vez que o princípio da livre iniciativa privada representa um dos instrumentos de realização do princípio da autonomia privada.

Entende-se por autonomia privada “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar as vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados⁵⁷”.

Todavia, aponta-se a necessidade de resignificar o conteúdo do princípio da autonomia privada como dogma civil próprio do liberalismo burguês que predominou no contexto histórico entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, notadamente após as revoluções americana e francesa e o amplo espaço de liberdade para o cidadão obtido em decorrência da autolimitação estatal fruto do surgimento do constitucionalismo

A resignificação da autonomia privada passa por dois importantes marcos históricos: i) o surgimento dos estados sociais no início do século XX, contrapondo-se ao liberalismo oitocentista, e consequente descentralização legislativa decorrente do movimento de descodificação e intervencionismo estatal para realizar a isonomia em seu significado substancial diante dos excessos e opressões cometidos em nome da liberdade; ii) a redefinição do papel desempenhado pela Constituição da República e o declínio positivista, especialmente após as brutalidades cometidas durante a segunda grande guerra e consequente centralidade atribuída à pessoa humana pela elevação dos princípios a categoria de norma.

Este segundo marco assinala modificações profundas na ordem jurídica, reconstruindo o direito civil a partir dessa obrigatória conformação a Constituição da República e seu novo papel.

Nesse percurso apontam-se alguns rumos dogmáticos novos: i) insuficiência da subsunção proposta pelo positivismo, afastando-se o intérprete da tradicional neutralidade lógico-formal e abstrata obtida dedutivamente pelo silogismo; ii) separação entre texto e norma jurídica, tornando-se a construção normativa diálogo necessário, sem neutralidade, funcional e racional; iv) eleição de papel central para a pessoa humana, tornando-se as situações jurídicas existenciais instrumentos de realização direta da dignidade

⁵⁷ Nesse sentido, Perlingieri (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335).

e as patrimoniais instrumentos de realização indireta; v) unitariedade e coerência do sistema a partir dos valores estabelecidos pela CR; v) papel normativo da CR; vi) interpretação e qualificação dos acontecimentos sociais e econômicos como processo unitário, de modo que a estrutura e disciplina jurídica correspondente sejam identificadas pela síntese dos efeitos essenciais que são produzidos, distinguindo-se entre os essenciais e os acessórios.

Por tal desenho, autonomia privada não se confunde com a liberdade do contexto burguês e liberal do Sec. XIX, de modo que “por trás do fascínio desta fórmula, todavia, não se entendeu outra coisa senão o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas de relações de forma mercantis. Essa concepção está radicalmente alterada na hierarquia constitucional dos valores, onde a liberdade não se identifica com a iniciativa econômica⁵⁸”.

Em perspectiva existencial, traduz-se a autonomia privada no direito a autodeterminação e capacidade que a pessoa humana tem de autorregulamentar seus próprios atos de iniciativa, de modo a transformá-la na melhor julgadora dos seus próprios interesses. E por outro lado soma-se a esta premissa a solidariedade constitucional como contraponto, exigindo-se que o exercício dessa liberdade compatibilize-se com limites comunitários, criando assim parâmetros para o controle constitucional de legitimidade do próprio exercício da liberdade.

É preciso reconhecer, igualmente, que as pessoas jurídicas também possuem a faculdade de desfrutar tais liberdades que decorrem da autonomia privada e que essas estruturas funcionalmente são fundamentais para realizar diversos aspectos existências, embora adotando fundamento diversificado, com destaque para o princípio constitucional da livre iniciativa privada que instrumentaliza os atos de iniciativa por essa perspectiva.

A livre iniciativa privada torna-se fundamento da república federativa brasileira (art. 1º, IV, CF) ao mesmo tempo em que orienta e impulsiona a atividade econômica (art. 170). Por essa perspectiva, as categorias jurídicas precisam ser funcionalizadas como instrumentos potenciais para o desenvolvimento do mercado.

E nesse caminho destaca-se nos direitos reais uma aproximação cada vez mais frequente com a autonomia privada. Especialmente nos condomínios edilícios, por meio de modos cada vez mais criativos de utilizar imóveis, cujos conteúdos alteram-se de acordo com esses novos modos de usar e fruir bens. O objeto imóvel, estático por excelência, adequa-se a novos fins propiciados pela utilização funcionalmente inventiva, moldando seu conteúdo e conseqüentemente sua estrutura, sem descaracterizar-se como propriedade.

⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335.

Reconhece-se que o ato de autonomia, como ato de iniciativa, precisa corresponder a interesse merecedor de tutela, de modo que essas novas estruturas condominiais tornam-se possíveis pelo exercício da livre iniciativa privada, embora fiquem sujeitas a controle de legalidade civil-constitucional, inicialmente realizado pelos notários e registradores em decorrência do papel que lhes reservou o texto constitucional.

Tais interesses encontram limites na ordem jurídica, especificamente pela própria estrutura do condomínio, cujos elementos essenciais e acessórios precisam ser precisados. No próximo tópico pretende-se mostrar a proximidade entre direitos reais, autonomia privada e *numerus clausus*, para em seguida buscar critérios de controle do conteúdo condominial.

1.3 Direitos reais e *numerus clausus*: distinções entre tipicidade e taxatividade

Demonstrou-se até aqui a existência de estruturas proprietárias diferentes pelo perfil estrutural-funcional e de acordo com a própria ordem jurídica, para, em seguida, discorrer sobre o princípio da autonomia privada em perspectiva civil-constitucional.

Cumpra-se agora o dever de discorrer sobre potencial óbice a criação de estruturas condominiais novas, de modo a provocar a reflexão sobre a existência de espaços de liberdade para moldar o conteúdo de novas estruturas de direitos reais, em especial da propriedade e condomínio edilício, com a necessidade de identificar critérios de controle por consequência.

Para tanto, torna-se obrigatório buscar o significado do *numerus clausus* e sua relação e distinção dos princípios da tipicidade, taxatividade e publicidade próprios dos direitos reais.

Na experiência brasileira, relembra-se que Clóvis Beviláqua listou a existência de dez direitos reais no projeto do qual resultou o art. 674 do CC/16, dispositivo que foi objeto de emenda supressiva do advérbio “somente” que havia no projeto original, criando a impressão de que não seriam reais “somente” aqueles direitos ali descritos, afastando-se aparentemente do *numerus clausus*.

Repetiu-se a tradição no art. 1225 do CC/02, ao prever rol com doze direitos reais, sem incluir-se o advérbio somente. E assim postergou-se o debate em torno da adoção do *numerus clausus* dos direitos reais, sobrevivendo o debate para saber se tal rol é taxativo e (não sendo) se existe a necessidade de previsão legal para criar direitos reais.

Tal *numerus clausus* configura-se opção legislativa limitadora da criação de novas categorias jurídicas, não sendo restrito aos direitos reais, embora neste sistema possa adotar

dois significados⁵⁹: taxatividade de figuras típicas (reserva legal para criar direitos subjetivos, ligada a fonte do direito) e tipicidade propriamente dita (sob o ângulo do conteúdo, estabelece a estrutura típica, ligada ao exercício do direito).

Estabelece-se majoritariamente, na doutrina⁶⁰ brasileira, a orientação pela qual a criação de direitos reais precisa ser antecedida de previsão legal para cada tipo de direito real. Neste sentido, *numerus clausus* e tipicidade dos direitos reais tornam-se expressões empregadas com o mesmo significado, sem que tal assertiva aponte a taxatividade do rol do art. 1225 do Código Civil, e sim a necessidade de previsão legal, codificada ou não, autorizando a criação de cada direito real.

Para ilustrar-se o caráter não exaustivo do art. 1.225 do CC/02, basta lembrar que o direito do promitente comprador ainda é regulado pelo Decreto-Lei 58-37 e pela Lei 6.766/79, cujos campos de aplicação são diferentes dos arts. 1.417 e 1418 do CC/02. E que a propriedade fiduciária de bem imóvel é disciplinada pela Lei 9.514/97 (art. 22 ao 33), cuja vigência o legislador do CC/02 tomou o cuidado de ressaltar de modo expresse (art. 1.368-A).

Não existe no Brasil regra no Código Civil condicionando a criação de direitos reais a previsão legal, ao contrário do que fazem de maneira expressa os Códigos Civis da Argentina (art. 2502: “*los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley*) e Portugal (art. 1306º - *Numerus Clausus*: 1. Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional).

Justifica-se a existência da taxatividade para os direitos reais, porque a qualificação de real cria para um direito possibilita a interferência na esfera jurídica alheia, pela exigência de comportamento negativo através da abstenção ou tolerância⁶¹. E a violação do princípio da intangibilidade das esferas individuais justificaria a necessidade de previsão legal para o direito real, promovendo-se a estabilidade das relações sociais, de modo a permitir que a sociedade saiba previamente em quais casos deverá abster-se e tolerar. Daí o corolário princípio da publicidade, de modo a permitir a todos que sejam conhecidas as relações de direito real que devem ser respeitadas.

⁵⁹ Sobre o tema, confira-se Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 143).

⁶⁰ Por todos, confira-se a lição de Orlando Gomes: “os direitos reais distinguem-se pelas características seguintes: tipicidade, elasticidade, publicidade, especialidade, isto é, são criação exclusiva do legislador”. (GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 16).

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 140.

Com efeito, o art. 1.225 do CC/02 limita-se a descrever alguns direitos reais, mas em momento algum exclui a possibilidade de criação de outros e muito menos exige previsão legal para tanto. Tal artigo simplesmente não consegue responder a indagação sobre ter sido, ou não, adotado o *numerus clausus* no Brasil. Todavia, o art. 1.227 do CC/02 prevê a necessidade de registro imobiliário do título aquisitivo para criar-se direito real imobiliário por ato entre vivos, com a ressalva em relação aos casos expressos pelo Código.

Dito de outro modo, há casos em que o direito real surge sem a necessidade de registro imobiliário do título aquisitivo, ou, ainda, sem a necessidade de título. Tais ressalvas mostram-se relevantes, porque os direitos reais nascem de fatos jurídicos em geral e não apenas de negócios jurídicos. Nas hipóteses em que não existe o título o direito real de propriedade decorre do próprio acontecimento. São muitos os exemplos: a) usucapião; b) sucessão; c) casamento; d) aquisição por comunidades quilombolas (art. 68 ADCT).

Nestes casos o direito real não exige o registro público para surgir, e, por consequência, para ser oponível *erga omnes*⁶². São, portanto, exceções, que só reforçam a existência de regra geral registral em relação aos direitos reais. Essas ressalvas, em que pese necessárias, ameaçam a segurança jurídica ao impor uma abstenção coletiva em relação ao direito real, embora, nestes casos, sua existência não possa ser provada pelo fôlio imobiliário.

Devem-se distinguir, em relação a tais exceções, os papéis desempenhados pelo Código Civil e pelo Sistema de Registro Público. Apesar de o Código Civil admitir expressamente a dispensa do registro em situações excepcionais aquisitivas de direitos reais (ex. usucapião), tal opção não se reflete no sistema registral, cujo registro é obrigatório para certos fins.

Nota-se que o registro público possui três espécies diferentes de eficácia; i) declaratória; ii) constitutiva; iii) comprobatória. Nas hipóteses em que o art. 1.227 do CC/02 dispensa o registro para criar o direito real (ex. usucapião e sucessão), a legislação registral, sem desmentir o CC/02, exige o registro para atribuir eficácia declaratória a propriedade adquirida. Neste sentido, o art. 167, I, prevê o registro da sentença declaratória de usucapião (“28”) e dos formais de partilha (“25”).

Em suma, o art. 1.227 do CC/02 contém, a um só tempo, regra e exceção: i) regra (primeira parte do artigo): o registro imobiliário do título aquisitivo é obrigatório para criar direitos reais, pois através dele confere-se publicidade a tais direitos e produz-se oponibilidade *erga omnes*; ii) exceção (segunda parte do artigo): existem direitos reais que

⁶² Em sentido contrário, Ceneviva. (CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos Comentada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 378).

são criados sem o registro imobiliário. Neste caso, o legislador não prevê ou proíbe o registro, mas estabelece que a criação do direito real prescinde da sua realização, de modo que o registro, se houver, não será constitutivo do direito real.

Do exposto, extrai-se que o Código Civil não adotou de forma expressa o *numerus clausus*. Pelo contrário, admite-se no art. 1.227 do CC a criação de direitos reais imobiliários sem registro, nos casos expressos pelo próprio Código Civil, sem sequer haver vedação para a previsão de outras leis atribuindo a qualificação de real para certas e determinadas relações jurídicas.

Percebe-se, no entanto, estreita e coligada relação entre intangibilidade das esferas individuais e o registro público, como instrumentos de materialização do *numerus clausus*. Afinal, o art. 1.227 do CC/02 estabelece como regra o registro imobiliário de eficácia constitutiva.

Apesar da omissão do Código Civil, parece-nos que o *numerus clausus* encontra-se previsto expressamente no sistema brasileiro, especificamente no art. 172 da Lei 6.015/73. Este dispositivo prevê que no “registro de imóveis” serão feitos os registros e averbações de “Títulos e atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de *direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei*”.

Extraem-se logo duas conclusões possíveis desse art. 172 da Lei 6.015/73: i) não apenas negócios jurídicos, mas os fatos jurídicos em geral estão sujeitos ao registro e averbação, na mesma linha, respectivamente, da primeira e segunda parte do art. 1.227 do Código Civil (ex. usucapião e sucessão); ii) para o fim de “validade em relação a terceiros” e de “transferência” só podem ser registradas e averbadas as constituições, modificações, transferências e extinção dos *direitos reais previstos em lei*.

Trata-se, pois, de expressa previsão legal do sistema do *numerus clausus* no Brasil, aplicável para os direitos reais imobiliários. São duas hipóteses: i) direitos reais que surgem pelo registro do título; ii) direitos reais que surgem de fatos jurídicos não negociais. Em ambos os casos torna-se necessário haver previsão legal para uma situação jurídica ser qualificada como real. A distinção recai apenas sobre a função do registro imobiliário, que é constitutivo no primeiro caso (cria o direito real) e declaratório no segundo (não cria, apenas declara o direito real, embora o registro seja fator de eficácia e condição para o titular poder transferir o direito).

Percebe-se a dificuldade de interpretar o artigo 172 da Lei 6.015/73, considerando-se que sua literalidade remete ao paradoxo de condicionar a eficácia *erga omnes*, elemento essencial dos direitos reais, ao prévio registro imobiliário. Tal debate torna-se justificado em

países como França, Portugal e Itália, pois nestes a própria relação obrigacional transfere a propriedade, sendo o registro mero fator de eficácia em relação a terceiros. Mas o debate fica sem propósito no Brasil, onde o ato jurídico não transfere a propriedade sem o prévio registro imobiliário - art. 1.245 do Código Civil – veja-se: “no Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o *registro* e a averbação dos *títulos* ou *atos constitutivos, declaratórios, translativos* e *extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei*, "inter vivos" ou "mortis causa" quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua *validade em relação a terceiros*, quer para a sua *disponibilidade*.”

Ao menos dá maneira como está redigido, extrai-se em abstrato a incoerente possibilidade de direitos reais não terem eficácia em relação a terceiros, como se tal eficácia fosse elemento acessório e não essencial para à estrutura dos direitos reais. A parte final deste art. 172 da Lei 6.015/73 estabelece que o registro é obrigatório para sua “*validade em relação a terceiros*”, e sua “*disponibilidade*”⁶³. Todavia, o próprio dispositivo afirma incongruentemente, na sua parte inicial, que o registro pode ter fim meramente declaratório (ex. usucapião). Ora, se o direito real é declarado pelo registro, só então surgiria sua eficácia em relação a terceiros? A contrario sensu, haveria direito real com eficácia inter partes?

Salta aos olhos a ausência de técnica utilizada. Ao dizer, de forma indiscriminada, que a “validade” (*rectius*: eficácia) dos direitos reais em relação a terceiros depende de registro, a parte final do artigo, ao contrário da inicial, não distingue a aquisição por negócio jurídico – em que o registro é constitutivo do direito real - de outras formas aquisitivas nas quais o registro é meramente declaratório de direito real preexistente. Se a aquisição decorre de título registrado, o registro não dará eficácia em relação a terceiros, como diz o artigo, mas constituirá um direito real, este sim dotado estruturalmente de eficácia *erga omnes*.

Além disso, não é a validade, mas sim a eficácia de um ato que pode ser eficaz ou ineficaz em relação a terceiros. O exame da validade e eficácia é estrutural dos negócios jurídicos, e não de qualquer fato jurídico, o que leva a conclusão de que o dispositivo não quis se referir a qualquer fato aquisitivo – usucapião, casamento, sucessão – e sim aos atos de natureza negocial – compra e venda, doação, permuta. Estes, então, dependeriam do registro para produzir eficácia em relação a terceiros, isto é, para constituir o direito real por natureza oponível *erga omnes*.

⁶³ É o caso de Walter Ceneviva: “Nem todos os direitos reais carecem do registro para sua constituição, transferência ou extinção. A validade em relação a terceiros e a garantia de indisponibilidade sempre dependem do assentamento na repartição imobiliária.” (CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos Comentada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 378).

A literalidade conduziria a discrepâncias. O direito real forma uma relação jurídica que estabelece um vínculo entre a situação jurídica do titular e toda coletividade, que deve respeitar o direito real, admitindo-se como ultrapassadas as teorias personalistas. Tal característica, que enxerga um sujeito passivo universal na relação real, conduz a uma segunda, consistente na oponibilidade *erga omnes*, própria dos direitos absolutos.

Pense-se na forma aquisitiva pela usucapião. Tanto a Constituição Federal (arts. 183 e 192) como o Código Civil (arts. 1.238 a 1.240) dizem que pelo preenchimento dos requisitos da usucapião o possuidor *adquire* o direito real de propriedade. A sentença judicial, que viesse a ser proferida em ação de usucapião, se limitaria a declarar a existência da propriedade, como estabelece o art. 1.238 do Código Civil, sustenta a doutrina majoritária e há muito decidem Supremo Tribunal Federal⁶⁴ e Superior Tribunal de Justiça⁶⁵.

Tal natureza declaratória permite que o proprietário proteja-se contra qualquer pessoa, inclusive podendo judicialmente invocar o seu direito real de propriedade como defesa nas ações judiciais em que for réu, ou, na qualidade de autor, ajuizar ações petitórias – seria o caso da ação publiciana - com o escopo de demonstrar a sua propriedade e obter a consequente tutela do *ius possidendi*.

E assim impõe-se interpretar o art. 172 da Lei 6.015/73 de acordo com a totalidade e racionalidade do sistema jurídico. A parte inicial do artigo refere-se as funções do registro com menção a *títulos* ou *atos constitutivos* e três espécies de eficácias (*declaratória*, *translativa* ou *constitutiva de direito real*). Já a parte final do artigo refere-se a dois efeitos do referido registro: i) eficácia em relação a terceiros; ii) disponibilidade do bem.

⁶⁴ Súmula 237 do STF: “o usucapião pode ser argüido em defesa”.

⁶⁵ No STJ, confira-se o seguinte acórdão (REsp 118360/SP – 3ª Turma – 16/12/2010 - Relator Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS): Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TÍTULO DE PROPRIEDADE. SENTENÇA DE USUCAPIÃO. NATUREZA JURÍDICA (DECLARATÓRIA). FORMA DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA. FINALIDADE DO REGISTRO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS. PUBLICIDADE E DIREITO DE DISPOR DO USUCAPIENTE. RECURSO DESPROVIDO. 3. A sentença proferida no processo de usucapião (art. 941 do CPC) possui natureza meramente declaratória (e não constitutiva), pois apenas reconhece, com oponibilidade erga omnes, um direito já existente com a posse ad usucapionem, exalando, por isso mesmo, efeitos ex tunc. O efeito retroativo da sentença se dá desde a consumação da prescrição aquisitiva. 4. O registro da sentença de usucapião no cartório extrajudicial não é essencial para a consolidação da propriedade imobiliária, porquanto, ao contrário do que ocorre com as aquisições derivadas de imóveis, o ato registral, em tais casos, não possui caráter constitutivo. Assim, a sentença oriunda do processo de usucapião é tão somente título para registro (arts. 945 do CPC; 550 do CC/1916; 1.241, parágrafo único, do CC/2002) - e não título constitutivo do direito do usucapiente, buscando este, com a demanda, atribuir segurança jurídica e efeitos de coisa julgada com a declaração formal de sua condição. 5. O registro da usucapião no cartório de imóveis serve não para constituir, mas para dar publicidade à aquisição originária (alertando terceiros), bem como para permitir o exercício do ius disponendi (direito de dispor), além de regularizar o próprio registro cartorial.

A primeira hipótese desta parte final (eficácia *erga omnes*) aplica-se aos casos em que o direito real surja pelo registro imobiliário (registro constitutivo, referido pela primeira parte do artigo), caso em que realmente a eficácia (e não a validade) em relação a terceiros começara a ser produzida a partir do registro.

A segunda hipótese desta parte final (disponibilidade) aplica-se aos casos de registro para fim declaratório (registro declaratório, referido pela primeira parte do artigo), de modo a reconhecer-se a preexistência do direito real, embora a ausência de publicidade impeça excepcionalmente a sua alienação, mas não sua eficácia em relação a terceiros, que é própria dos direitos reais, assegurando-se, no mais, a concreção dos princípios registrais da publicidade e continuidade.

E torna-se possível, por fim, extrair as seguintes conclusões do ora exposto: i) o sistema do *numerus clausus* representa um critério de política legislativa e não é exclusivo dos direitos reais; ii) o sistema do *numerus clausus* subdivide-se em taxatividade (exigência de reserva legal para qualificar um direito como real) e tipicidade (autonomia para moldar a estrutura do direito real); iii) o rol do art. 1.225 do CC não é taxativo dos direitos reais, até porque o raciocínio contrário impediria a evolução social e econômica e autolimitaria o legislador para impedi-lo de criar novos direitos reais (ex. propriedade fiduciária da Lei 9.514/97), embora o *numerus clausus* tenha sido previsto expressamente pela regra do art. 172 da lei 6.015/73; iv) a constituição de direitos reais ocorre pelo registro do título aquisitivo (regra: arts. 1.245 e 1.227 do CC) ou por fatos jurídicos não negociais (exceção: parte final do art. 1.277 do CC); v) a interpretação civil-constitucional do art. 172 da Lei 6.015/73 precisa prestigiar a coerência sistemática do ordenamento jurídico, direcionando-se para duas conclusões: a) se a aquisição do direito real decorrer de título translativo, o registro imobiliário é obrigatório para a constituição do direito (art. 1.245 do Código Civil), e, por consequência, para operar sua eficácia em relação a terceiros; b) se a aquisição decorrer de fato jurídico não negocial, a alienação desse direito real dependerá do registro, embora dispense-o a eficácia em relação a terceiros.

1.3.1 A importância do notário e do registrador para a criação de novas estruturas condominiais a partir do caráter exemplificativo do art. 167 da Lei 6.015/73

O art. 236 da CF prevê que a atividade notarial e registral deve ser exercida por delegação, em caráter privado e por meio de concurso público por particulares – os

delegatários não são servidores públicos⁶⁶ – responsáveis pela primeira verificação do merecimento de tutela do conteúdo condominial decorrente do exercício da autonomia privada.

Destaca-se nesse particular que boa parte dessas estruturas condominiais são criadas por meio de incorporações imobiliárias, exigindo-se o registro imobiliário prévio de um memorial de incorporação (art. 32 da Lei 4.501/64), aí se incluindo a minuta do condomínio edilício (letra “j”) que deverá ser formado quando da averbação do habite-se da construção (art. 44).

No capítulo III serão estudadas estruturas condominiais como o condomínio de lotes, condomínio de hotel, complexo multiuso e outras estruturas condominiais cuja admissibilidade passa pelo exame de legalidade realizado pelo notário e pelo registrador imobiliário.

A perspectiva notarial e registral clássica enxerga papel meramente conservador a tais operadores do direito, e não proativa e reflexiva sobre o papel atual que a Constituição lhe reserva. Basta pensar que a exigência de previsão legal para a criação de nova estrutura representaria um óbice intransponível ao progresso social e econômico desejados pelo texto constitucional, de modo a competir aos notários e registradores atuarem em compasso e sempre contextualizando essas realidades.

Essa previsão constitucional do art. 236 foi regulamentada pela Lei Federal 8.935/94, conhecida como “lei dos cartórios” (dispõe sobre serviços notariais e de registro). Verifica-se que as atribuições notariais (desempenhadas por notários ou tabeliões) e registrais (desempenhadas por oficiais de registro ou registradores) estão definidas em caráter não exaustivo em seu art. 5º, com destaque para o oficial de registro de imóveis (inciso IV).

Por outro lado a Lei 6.015/73 regula os Registros Públicos, realizados pelas pessoas dotadas de atribuição nos termos da Lei 8.935/94, estabelecendo-se três finalidades registrais:

⁶⁶ ADI 2602/MG – Tribunal Pleno - 24/11/2005 – Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios --- incluídas as autarquias e fundações. 2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público --- serviço público não-privativo. 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 - aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

i) autenticidade; ii) segurança; iii) eficácia dos atos jurídicos (art. 1º). Acresce-se a este rol previsão contida na Lei 8.935/94: iv) a publicidade dos atos jurídicos.

Especificamente em relação às atribuições do registrador imobiliário, descreve o art. 167 em seus incisos I e II, respectivamente, os atos e fatos sujeitos a registro e averbação⁶⁷. Nesta linha, verifica-se logo não ser tal rol exaustivo dos fatos jurídicos registráveis, admitindo-se que a publicidade necessária a constituição e declaração de direitos reais sobre imóveis precisa recair igualmente sobre outras hipóteses decorrentes da evolução social, econômica e especialmente legislativa na criação de outros direitos reais. Realiza-se, assim, o valor da segurança jurídica pelo viés da estabilidade das relações sociais, previsto no art. 5º da CF, promovendo-se os objetivos da segurança, eficácia, autenticidade e publicidade dos atos jurídicos.

Justifica-se o caráter exemplificativo por diversas razões: i) o art. 172 da Lei 6.015/73 refere-se ao registro de “direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei”; ii) a renúncia ao direito de propriedade (art. 1.275, inciso II, CC/02) não é prevista como título passível de registro no art. 172 da Lei 6.015/73; iii) a perpetuidade das florestas não é prevista no art. 167 da Lei 6.015/73; iv) o art. 246 da Lei 6.015/73 prevê expressamente a possibilidade de averbação de “outras ocorrências, que, por qualquer modo, alterem o registro”.

De toda sorte, em caso de discordância com a qualificação negativa atribuída pelo registrador ao negar a existência de direito real ou recusar-se a registrar determinado conteúdo da propriedade criada pelo exercício da autonomia privada por meio da convenção de condomínio, passa-se para o Poder Judiciário o papel de controlador da atividade notarial e registral, especificamente pela previsão de que o apresentante discordante pode requerer que a dúvida seja submetida ao Judiciário, a quem caberá dizer se acertou ou errou o registrador ao fazer determinada qualificação e exigência. Tal procedimento encontra-se previsto no art. 198 da Lei 6.015/73⁶⁸.

⁶⁷ Distinguem-se no direito registral e notarial as seguintes nomenclaturas: i) matrícula (ato inaugural do registro, onde é feita a caracterização e individualização do imóvel); ii) transcrição e inscrição, que a Lei 6.015/73 optou por substituir pela expressão registro (a transcrição era, no CC/16 e Decreto 4.857/39, aplicável para os atos de transmissão de propriedade de bens imóveis; a inscrição referia-se a atos de constituição de direitos reais limitados, como a inscrição de hipoteca ou servidão); iii) registro (assentamento reservado, em regra, para atos de transmissão e oneração da propriedade imobiliária e estendida aos demais atos previstos no art. 167, I, da Lei 6.015/73); iv) averbação (assentamento para consignar alterações do registro); apontamento (apontamento a margem dos assentos com remissões recíprocas, para relacionar atos de diferentes assentos); v) prenotação (lançamento no livro de protocolo, ao protocolar um título); v) retificação (correção de erros no registro); vi) cancelamento (ato pelo qual se desfaz os efeitos de outro ato, por desacordo com a legislação ou cumprimento da finalidade). Sobre o tema, ver Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento (SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013, p. 95-97).

⁶⁸ “Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a

Tais desafios apresentam-se para os diversos atores responsáveis pela verificação da qualificação correta do ato ou fato submetido a registro: i) o tabelião ou notário que vier a lavrar o ato; ii) o registrador ou oficial de registro para quem for apresentado o título; iii) a corregedoria dos tribunais estaduais, a quem compete fiscalizar a atividade, em geral através das regras integrantes das consolidações normativas; iv) o juiz com competência em matéria notarial e registral; v) o órgão competente para julgar o recurso obrigatório contra a decisão do juiz; vi) STJ e STF, em caso de Recursos Especial e Extraordinário, respectivamente; v) Conselho Nacional de Justiça, criado pela EC 45/04, competindo-lhe o “controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”, e apreciar de “ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário”.

1.3.2 Objeto e conteúdo dos direitos reais

Da análise até agora feita, colhem-se as primeiras premissas para admitir a relação entre autonomia privada e a transformação do direito de propriedade e consequente copropriedade. Conforme observado anteriormente, o direito real pode adotar mais de uma estrutura até mesmo para a legislação em vigor. E isso sem prejuízo do conteúdo mínimo fixado legalmente, admitindo-se a adoção expressa do sistema *numerus clausus*.

Viu-se que o sistema *numerus clausus* em relação aos direitos reais exprime-se pela taxatividade (reserva legal para criar direitos reais) e tipicidade (relacionado ao conteúdo do direito de propriedade e copropriedade). E destaca-se em relação a tipicidade as faculdades de usar, fruir, dispor e reaver como conteúdos mínimos previstos pelo art. 1.228 do Código Civil, ao qual poderiam se somar outros elementos, desde que não descaracterizasse os elementos essenciais da propriedade.

Vê-se que a própria faculdade de usar a propriedade oferece isoladamente um espaço amplo para ser preenchido de forma criativa pela autonomia privada. O fim dessa faculdade de usar, como se viu, mostra-se fundamental para qualificar economicamente o bem como divisível ou indivisível, indicando a disciplina jurídica (art. 87 do Código Civil).

declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo-se ao seguinte: (Renumerado do art 198 a 201"caput" com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

I - no Protocolo, anotar o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida;

II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas;

III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias;

IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título”.

O conteúdo não é estático, sendo moldado pela função, como ilustra a impenhorabilidade legal do bem de família. Imagine-se a propriedade de dois apartamentos vizinhos, estando o primeiro vazio e o segundo utilizado para a moradia do proprietário. Essas propriedades aparentemente são idênticas sob a perspectiva puramente estrutural, que foca o exame exclusivamente sobre o objeto (dois imóveis).

Ocorre que os modos de exercer as faculdades de usar nos exemplos acima – pelo não uso e pela moradia, respectivamente – permite que o segundo imóvel desempenhe uma função útil para a sociedade ao concretizar o direito constitucional a moradia, tornando-se assim impenhorável (art. 1º da Lei 8.009/90⁶⁹). São distinções funcionais, que alteram a estrutura da propriedade, mas sem descaracterizá-la em relação aos seus elementos mínimos.

A perspectiva proprietária reflete-se diretamente nas relações condominiais, considerando que o condomínio importa comunhão do direito de propriedade, tornado essencial à compreensão e o estudo da propriedade. Estruturalmente, o condomínio é uma forma de propriedade, modificada a partir de uma nova função que desempenhou socialmente. Deste modo, o ponto nodal recai sobre o próprio conceito de propriedade, cuja transformação repercute no conteúdo condominial.

Os conteúdos da propriedade, do condomínio geral e do condomínio edilício são diferentes, embora possuam pontos de interseção. Três exemplos de conteúdos podem ser formulados, um para cada uma dessas estruturas. A propriedade possui nas faculdades de usar, fruir dispor e reaver o seu conteúdo básico. O condomínio geral voluntário possui na indivisibilidade uma característica que o singulariza estruturalmente. E o condomínio edilício identifica-se pela coexistência de partes exclusivas e partes comuns.

O art. 1.228 do CC, a partir do conceito de proprietário, aponta contornos mínimos do direito de propriedade. Tal interpretação permite formular o início de um conceito analítico de propriedade: “direito real que assegura ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”

Essas destacadas quatro faculdades previstas para a situação jurídica de proprietário podem ser agrupadas em dois grandes conteúdos: i) atos materiais de gozo ou de consumo sobre a coisa; ii) atos jurídicos em relação ao direito de propriedade.

⁶⁹ Basta lembrar a interpretação, de matiz civil constitucional, pela qual o STJ afasta-se da subsunção silogística e admite como impenhoráveis imóveis a partir da função que desempenham, ainda que sem cumprir as exigências linguísticas de destinar-se a “moradia” do “casal ou entidade familiar”. Na Súmula 364 entendeu a corte que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. E na Súmula 486 entendeu que “é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”.

O primeiro conteúdo envolve o direito de “dispor da coisa consumindo-a, destruindo-a material ou transformando-lhe a substancia”. O segundo conteúdo “reflete o direito de o proprietário “praticar um certo número de atos jurídicos relativos à sua coisa, consistente em transferir a outrem, total ou parcialmente, o direito de gozo e de consumação que lhe pertence”⁷⁰” Neste caso o proprietário irá transferir ou desmembrar a propriedade.

Destaca-se assim a distinção entre direito de propriedade e objeto. O objeto do direito imobiliário são bens imóveis, direta ou indiretamente. Do ponto de vista científico, a partir do conceito de bem imóvel por natureza, por acessão e por determinação legal (arts. 79⁷¹ e 80⁷² do CC), tem-se a impressão de que o objeto do direito de propriedade será identificado de forma estática e não dinamicamente. Dito de outra forma, as estruturas seriam sempre idênticas.

O equívoco é fácil de ser percebido. No exemplo a pouco formulado da função social pelo viés da moradia, demonstrou-se que a verificação desse conteúdo da propriedade exige verificar não apenas qual é o objeto para identificar a disciplina jurídica, mas especialmente a função desempenhada, que não prescinde do caso concreto e de cada maneira de exercer o direito de propriedade.

A propriedade tem *status* constitucional e especial de direito individual fundamental (art. 5º, XXI), submetido o merecimento de tutela a partir da observância da sua função social (art. 5º, XXII), princípio que, muitas vezes, a tradição positivista relega imerecidamente ao plano metajurídico, apesar de já constar na Constituição desde 46. Esta atuação normativa também é informada por outros princípios constitucionais: i) livre iniciativa privada; ii) solidariedade social; iii) dignidade da pessoa humana; iv) isonomia substancial.

É possível entender a função social da propriedade como dever que recai sobre a situação jurídica de proprietário, impondo-lhe a conciliação entre seus interesses individuais e os úteis para a sociedade. Desse modo, cada forma particular de exercer o direito de propriedade deve ser verificada no caso concreto para identificar-se a existência de interesses dignos de tutela jurídica e ponderá-los quando em conflito. Percebe-se que o próprio legislador constituinte admite a fluidez elevada do princípio ao estabelecer parâmetros de aferição em relação à propriedade rural (art. 186 da CR) e urbana (art. 170, II e III).

⁷⁰ Serpa Lopes, na esteira de Marcel Planiol (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 17).

⁷¹ “São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.

⁷² “Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta”.

Conclui-se então que o proprietário pode “usar” (*ius utendi*), “fruir” (*ius fruendi*), dispor (*ius disponendi*) e reaver (*ius abutendi*) a coisa (art. 1228 do CC). São faculdades reconhecidas desde o direito romano como parte do conteúdo proprietário, embora tal estruturada seja alterada por parâmetros constitucionais que se somam ao conteúdo mínimo, atribuindo-lhes perfil funcional.

1.3.3 Bem jurídico

Primeiramente, distingue-se conteúdo e objeto dos direitos reais. Sabe-se que o direito real cria uma relação jurídica, dentro da qual se individualizam situações jurídicas diversas. A estrutura do domínio é formada por: i) sujeitos; ii) objeto; iii) faculdades; iv) vínculo jurídico.

De tal estrutura extrai-se a possibilidade do mesmo bem ser objeto de relações diversas. A elasticidade do direito de propriedade, que permite desdobrar suas faculdades, estimula essa possibilidade. Suponha-se mesmo imóvel, objeto de direito real de propriedade e igualmente de direito real de hipoteca, de onde se conclui haver um objeto (ex. apartamento x) e dois conteúdos diversos (ex. propriedade e hipoteca), em geral por relações de coligação de direito real (ex. propriedade *vs.* uso, usufruto, habitação ou superfície).

E mais uma vez, para além da convenção de condomínio, identifica-se autorização para a autonomia privada alterar parte do conteúdo proprietário e até restringi-lo. Basta imaginar a propriedade de bem adquirida por ato de liberalidade (ex. doação ou testamento), impondo-se, por meio de tal ato, cláusula de inalienabilidade, de modo que o proprietário poderá exercer as faculdades de usar, fruir e reaver, limitando-se a faculdade de dispor.

Tal autorização consta no art. 1.911⁷³ do CC/02, mas a própria alteração do conteúdo passa igualmente por merecimento de tutela a partir de perfil funcional, de modo que razões de conveniência econômica podem excepcionalmente afastar a cláusula e permitir a alienação após autorização judicial (art. 1.911, p.u., CC), adquirindo-se então outro bem no lugar do alienado para substituí-lo em sub-rogação real.

Esse exemplo da sub-rogação também revela que o direito de propriedade permanece íntegro, embora tenha ocorrido alteração do seu objeto. Tal é a excepcionalidade de restringir-se a faculdade de dispor que o legislador (art. 1.848 do CC) previu na restrição estipulada por testamento a necessidade de justa causa em relação a legítima. E do mesmo modo autorizou a

⁷³ Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade. Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

sub-rogação por decisão judicial, atento aos interesses concretos do titular no exercício do direito de propriedade.

Já em relação aos bens jurídicos, apresenta-se doutrinariamente divergente o próprio conceito de bem jurídico e a relação de gênero, ou espécie, travada entre o bem e a coisa.

Parcela da doutrina⁷⁴ considera coisa gênero e bem espécie (*bonum*: felicidade, bem estar). Os bens seriam apenas as coisas apropriáveis e nessa linha existiriam coisas que não são bens jurídicos.

Outra posição⁷⁵ prefere inverter o raciocínio e considerar bem gênero, ou seja, o bem seria tudo aquilo que pode ser objeto de relação jurídica, e as coisas seriam apenas os bens jurídicos estudados no Livro III da Parte Especial, ou seja, os direitos da personalidade e as prestações obrigacionais seriam bens jurídicos mas não seriam coisas.

Para alguns sistemas, como o alemão, o bem seria gênero corpóreo e incorpóreo, e a coisa somente bens corpóreos⁷⁶. E há sistemas, como o português⁷⁷, que definem coisa como tudo aquilo que pode ser objeto de relação jurídica. Outros, como o argentino⁷⁸, definem o bem como gênero, e a coisa como os bens avaliáveis economicamente.

Admitindo-se o bem jurídico como tudo aquilo que pode ser objeto de relação jurídica – daí ocupar o Livro II da Teoria Geral do Direito Civil - extrai-se que o conteúdo da propriedade pode ser formado por uma pluralidade de bens jurídicos. Nesta linha, “não se pode confundir, portanto, a coisa objeto do domínio, como suporte físico de incidência do

⁷⁴ É a lição de Serpa Lopes: “sob a denominação de bens são designadas todas as coisas que, podendo proporcionar ao homem uma certa utilidade, são suscetíveis de apropriação privada. Forçoso não confundir coisa e bens. Distinguem-se como a espécie do gênero. Sob o nome de coisa pode ser chamado tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como bem só é considerada aquela coisa que existe proporcionando ao homem uma utilidade, porém como o requisito essencial de lhe ficar suscetível de apropriação. Coisa são o Sol, a Lua, o mar, mas não são bens, porque insuscetíveis de apropriação.” (Lopes, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 332). Nesse sentido, o projeto de Teixeira de Freitas denominava a seção II da Parte Geral como “das coisas”, estabelecendo no art. 317 que “todos os objetos materiais suscetíveis de uma medida de valor são coisas” (FREITAS, A. Teixeira de Freitas, Código Civil – Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1983).

⁷⁵ É a lição de Clovis Beviláqua (BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 12): a expressão direito dos bens é mais extensa do que direito das coisas; por isso é aquela denominação que aparece na Parte Geral do Código; por isso não aparece neste livro, que tem os limites do seu objeto: direito das coisas”. Neste sentido posiciona-se Clovis Beviláqua. (BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 281).

⁷⁶ Código Civil da Alemanha [“§ 90 Begriff der Sache: Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände” (na tradução livre: coisa no sentido da lei são apenas os bens corpóreos)]

⁷⁷ Código Civil de Portugal, artigo 202º (Noção): 1. Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas”.

⁷⁸ Para o Código Civil da Argentina o raciocínio inverte-se, ou seja, os bens do mundo que sejam apropriáveis economicamente são coisas: art. 2311. Se llaman cosas em este código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor” (na tradução livre: são coisas para este código os bens materiais suscetíveis de avaliação).

direito, elemento material, com a coisa objeto do domínio, assim qualificada pelo ordenamento em face de um interesse por este tutelado⁷⁹”.

Impõe-se individuar a coisa objeto da propriedade imobiliária e assim reconhecer a possibilidade de configurações de novos bens jurídicos, tornando-o centro de interesses subjetivos, para então permitir-se que o interesse do proprietário em extrair certa utilidade realize sua individuação no registro imobiliário. Tem-se como limite da individuação a licitude do interesse e da utilidade, a corresponder uma autônoma situação jurídica para sua tutela subjetiva, admitida a idoneidade da coisa a servir de objeto do direito, diante da utilidade pretendida e das prescrições legais⁸⁰.

Esse redimensionamento do problema não implica ameaça à identidade conceitual do direito de propriedade e aos corolários regimes da copropriedade comum e especial. Vale dizer, a ausência do enquadramento da nova estrutura ao tipo previsto legalmente pode decorrer da criativa inclusão de elementos não essenciais à definição do direito de propriedade, sem descaracterizar os elementos essenciais que o compõe.

A relevância dessa verificação de novas realidades sociais e econômicas trilha dois estágios. Primeiro, em relação à normativa aplicável, verifica-se a estrutura e função do direito criado para tentar qualificá-lo dentre as estruturas de direitos reais existentes, ou, então, se o direito criado não se amolda a estrutura do direito real prevista pela lei, desloca-se a verificação do merecimento de tutela para outras estruturas do direito patrimonial.

Segundo, verificada e admitida a estrutura como direito real, embora sem enquadramento milimétrico entre as estruturantes existentes, é preciso estabelecer parâmetros para o merecimento de tutela do conteúdo criado. Se a normativa existente para o molde padrão e mínimo do direito real não cogita possíveis modificações, é preciso interpretar o fato e formular a resposta adequada a partir da metodologia civil-constitucional.

Neste segundo ponto reside o aspecto principal do problema. Se é correto dizer que o conteúdo de cada direito real de propriedade reserva um espaço onde atua a autonomia privada, é preciso, por outro lado, constatar a falta de preocupação da doutrina com a formulação de critérios para verificar o merecimento de tutela desse conteúdo.

A tais novas estruturas tratadas neste trabalho levantam-se suspeitas de criação de direitos reais atípicos, sem prévia e obrigatória autorização legal. E outras, de tão inovadoras,

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 92.

⁸⁰ Na hipótese da multipropriedade imobiliária, entende Gustavo Tepedino que o bem jurídico é individualizado através “de propriedades particulares, através da demarcação espacial e temporal, diferenciando-se, portanto, do interesse presente nas situações de comunhão; e, por outro lado, da propriedade resolúvel, já que o multiproprietário pretende um direito de talho exclusivista e sem termo final” (TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 97).

para o bem ou para o mal, não ofereceram tempo hábil para a formulação suficiente de argumentos críticos pela doutrina e tribunais (ex. condo-hotel). O cotejo entre a estrutura existente e a criada precisa ser redimensionado, para estimular o diálogo harmônico entre autonomia privada e tipicidade dos direitos reais.

Dito de outra forma, embora o condomínio geral e edifício sejam estruturas autônomas e com normativa própria, o reconhecimento de que existem espaços de autonomia para construir e moldar o conteúdo do direito de propriedade, direito real por excelência, importa na ruptura do paradigma e autoriza, ao menos em princípio, a sua extensão ao condomínio e outras estruturas de direitos reais.

2 CONDOMÍNIO

2.1 Comunhão e justificativa teórica

O primeiro capítulo enfrentou a divergência doutrinária que se opõe à conciliação entre direitos reais e autonomia privada, ocasião em que foi discutida solução dogmática conciliatória para o problema. Passa-se agora ao exame do condomínio em geral, admitindo-se que a estrutura condominial edilícia, embora autônoma, representa sua evolução.

Só após isso será possível verificar dogmaticamente o merecimento de tutela das novas estruturas condominiais edilícias, trilhando-se sempre esses três estágios histórico-dogmáticos: i) condomínio geral (século XIX e início do século XX); ii) condomínio edilício (século XX); iii) novas estruturas condominiais (fim do século XX e século XXI).

Inicia-se com o preocupante alerta de que o significado da expressão condomínio⁸¹ tem sido utilizado de maneira imprópria para buscar o alcance da regulamentação legal do tema no Brasil, notadamente em relação ao condomínio edilício, expressão adotada pelo CC/02.

Os equívocos são muitos e graves⁸². O principal, para além do exame de uma perspectiva estritamente estrutural e não funcional para compreender o fenômeno, consiste em

⁸¹ Clovis Beviláqua oferece interessante relato histórico sobre o condomínio no Brasil, destacando-se a absoluta omissão do ordenamento até a elaboração do seu anteprojeto e posterior concretização por meio do CC/16. Durante a monarquia omitiram-se as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1512) e Filipinas (1595), lembrando o ilustre civilista que [os preceitos não estavam sistematizados; eram deduzidos dos princípios gerais e do direito romano. Sobre a hipoteca do imóvel comum a diversos proprietários, havia a disposição do dec. 169^a, de 19 de janeiro de 180, art. 4^o, § 8^o] (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Vol. III. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1958, p. 132). A Ordenação Filipina, no Título LXVI, tratava de “como marido e mulher são meeiros em seus bens”, criando uma hipótese de condomínio, embora, também, sem sistematizar a matéria. Os anteprojetos elaborados por Coelho Rodrigues (art. 1371 e 1372, em 1890) e Felício dos Santos (art. 1009-1011, 1881) cuidavam timidamente do tema em apenas dois e três artigos, respectivamente. Só mesmo o Esboço elaborado por Teixeira de Freitas, elaborado décadas antes daqueles dois anteprojetos, por solicitação de D. Pedro II em 1859, efetivamente dedicou uma disciplina minuciosa para o tema condomínio nos arts. 4336 a 4422 (Esboço, Código Civil, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952, pag. 1240). O Esboço inspirou o anteprojeto de Código Civil Argentino, elaborado por Simón Vélez Sarsfield Damaso Dalmácio. O Código Civil daquele país entrou em vigor em 1871. No art. 2673 (Código Civil de La Republica Argentina, Ed. Abeledo Perrot, Edição 2010) o condomínio é definido do seguinte modo: “*el condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble*”. É praticamente o mesmo conceito do art. 4336 do Esboço, tendo sido excluída, apenas, a referência que o Esboço fazia sobre a possibilidade do domínio ser perpétuo ou temporário, esta última tratada como “domínio imperfeito” (domínio resolúvel, direto, nua-propriedade e quase nua-propriedade) a partir do art. 4300. No Código Civil da Argentina, Vélez Sarsfield, embora não tenha incluído a possibilidade do domínio temporário (domínio imperfeito) no seu conceito de condomínio, tratou desse tema em capítulo próprio (art. 2661 a 2698) e adotou a mesma nomenclatura: “domínio imperfeito”. No mais, até a estrutura do Código Civil da Argentina é bastante assemelhada ao do Esboço de Teixeira de Freitas.

⁸² Pietro Perlingieri, sobre o tema, ensina que “assim, deve ser abandonado o ensinamento que, na reverência exagerada para com o significado linguístico-gramatical, pretendesse reconhecer na forma um limite intransponível da interpretação ordinária dos enunciados normativos.” (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil

não reconhecer divergências que cercam a própria estrutura semântica do termo condomínio, como se a eficácia de uma categoria jurídica pudesse depender de discussões linguísticas e coubesse aos filólogos, e não aos juristas, o papel de qualificador e verificador do merecimento de tutela de novas situações jurídicas.

Revela-se com o substantivo masculino condomínio, no seu sentido puramente gramatical, a existência de mais de uma titularidade sobre o mesmo *domínio*. Tal expressão possui os mais variados significados, tendo começado a ser utilizada pelos romanos⁸³ e sido empregada pelo Esboço elaborado por Teixeira de Freitas. Todavia, no anteprojeto de Código Civil desenvolvido por Clovis Beviláqua, que resultou no art. 524 do CC/16⁸⁴, a expressão domínio, por influência do direito francês⁸⁵, foi substituída por propriedade, tendência que também foi observada pelo Código Civil de 2002⁸⁶.

Justificou-se tal mudança porque seriam distintos os significados de domínio e propriedade⁸⁷, podendo a propriedade recair sobre bens corpóreos e incorpóreos, ao passo que o domínio restringir-se-ia somente aos bens corpóreos. Extraíndo-se então esse sentido linguístico, tornar-se-ia, em tese, possível o condomínio de bem incorpóreo, o que não ocorreria adotando-se o termo copropriedade.

Mostra-se possível localizar, no próprio texto do CC/16, sentidos autônomos para as expressões domínio e propriedade. Em seu art. 485, ao tratar do possuidor, a legislação apresentava a conjunção alternativa “ou” ao afirmar que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao *domínio*, ou

na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 220).

⁸³ Lembra Clovis Beviláqua (BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1956), sobre o conceito de propriedade, que os romanistas adotaram um, que, realmente, parece traduzir, com fidelidade, o conceito genuinamente romano dessa relação jurídica: *dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*.

⁸⁴ Código Civil de 1916: “Art. 524. A lei assegura ao *proprietário* o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

⁸⁵ Art. 544 do Código Civil Francês: “*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.* (fonte: legifrance.gouv.fr/Consulta em 30/06/14).

⁸⁶ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

⁸⁷ Serpa Lopes (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960) ensina que em Roma a expressão domínio teve um significado mais amplo que propriedade (proprietas, derivada de proprius, que pertence a uma pessoa), incluindo tudo o que pertencia ao chefe da casa, como um usufruto. Para o autor, não existe apoio técnico para realizar a distinção, entendo que as expressões são equivalentes. É a mesma posição de Orlando Gomes, que equipara condomínio e copropriedade (GOMES, Orlando. Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 239) Destaca, ainda, que alguns autores (Ruggiero Maroi; C. Tobenas) distinguem a partir de outra premissa. A propriedade seria um conceito econômico-jurídico, objetivo, a relação de pertinência existente entre pessoa e coisa; enquanto o domínio possui um sentido subjetivo, pois implica no poder que sobre a coisa corresponde ao titular.

propriedade”. O art. 1196 do CC/02 não reproduziu a expressão “domínio”. Porém, ao empregar o gênero propriedade, tampouco sepultou a discussão.

Tal discussão era relevante para identificar-se a possibilidade da posse recair sobre direitos pessoais, debate que criou duas ordens de ideias: i) a primeira, de inspiração romanista, limita a posse aos objetos corpóreos, as coisas em seu sentido romano (*corporis possessio*), inclusive os direitos reais suscetíveis de um exercício visível e contínuo, ou, pelo menos, de reiteração (*possessio iuris* ou *quasi possessio*); ii) a segunda, de inspiração canônica⁸⁸, orienta-se a favor da subjetivação da posse, destituindo-a do aspecto material, real, sensível, para alargar a sua ação periférica, levando-a aos elementos imateriais, como os próprios direitos pessoais. Nesta linha, a posse protegeria os direitos e não as coisas⁸⁹.

É possível definir analiticamente a comunhão como o compartilhamento de direitos, gênero este que terá no condomínio sua mais importante projeção. Ressalva-se assim que a comunhão é gênero, bastando verificar que a comunhão pode envolver outros direitos reais que não a propriedade (ex. comunhão entre dois titulares do direito real de servidão) e até mesmo direitos pessoais (ex. comunhão entre dois credores).

Desse modo “quando, por uma circunstância qualquer, uma coisa, um direito, um patrimônio, ao invés de, como sucede normalmente, estar sob a titularidade de uma pessoa, passa a ser objeto da titularidade de mais de uma pessoa, temos a comunhão. Sob esta denominação genérica se reúnem todas as demais formas de cotitularidade de direitos sobre uma mesma coisa, quando submetidas em conjunto ao direito de várias pessoas⁹⁰”.

⁸⁸ Lafayette Rodrigues Pereira (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Causas. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1877, p.51) ensina que “o direito canônico, dando a ideia da posse um desenvolvimento perfeitamente analógico, ampliou-a a certos direitos da jurisdição eclesiástica, ligados ao solo. O exercício do poder episcopal depende da posse da igreja e seus bens, de modo que a expulsão de um bispo, da sua diocese, importa ao mesmo tempo esbulho da posse do solo e bens e da jurisdição episcopal”.

⁸⁹ Tal debate influenciou que o art. 485 do CC/16 adota-se a expressão domínio, de cujo condomínio é variação. O projeto do Código Civil de 1916 confrontou dois grandes expositores de cada linha de pensamento. De um lado Clovis Beviláqua, que seguia a concepção romanista. Do outro Rui Barbosa, adepto da perspectiva canônica que admite a existência de posse de direitos pessoais. Rui Barbosa exerceu papel preponderante na elaboração do Código Civil de 1916, ao presidir, como Senador, a comissão incumbida de debater o projeto aprovado na Câmara dos Deputados. E assim aprovou emenda incluindo a expressão “domínio” e “propriedade” no art. 485 do Código de 1916. Apesar de tudo, Clovis Beviláqua manteve-se fiel ao ponto de vista que defendeu. Lembrou, que “Martinho Garcez e Luiz Correia, viram no acréscimo da palavra propriedade, que o Senado fez, ao vocábulo domínio, usado pelo Projeto da Câmara, um indício de que o Código havia adotado a doutrina, que estende a ideia de posse aos direitos pessoais. Não há fundamento para tal suposição, porque: 1º, o projeto primitivo também usava do vocábulo propriedade, e, declaradamente, não esposava essas ideias; 2º, em nenhuma passagem do Código se encontra um dispositivo, que possa ser considerado expressão dessa doutrina; 3º, os direitos pessoais, não se enquadram no conceito de propriedade, que é direito real. Para o Código, a posse é visibilidade do poder, que a lei reconhece ao proprietário. Abrange o domínio e os direitos reais. Por isso, acertadamente, o Código se não restringiu ao domínio ” (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Vol. III. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1958, p. 8). Assim, adotando-se a expressão genérica propriedade, o art. 1196 do CC/02 concedeu sobrevida ao debate.

⁹⁰ É a lição de Miguel Maria de Serpa Lopes (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI.

Em relação à sua origem, a comunhão divide-se em duas espécies⁹¹: i) comunhão de estilo romano (comunhão do tipo romano *ou rem communem habere*), onde cada condômino (ou comunheiro) tem direito à cota abstrata, ideal, fração do direito de propriedade, podendo alienar e reivindicar sua parte e assim revestindo-se de caráter autônomo, onde o condômino era denominado como *dominus*, na relação externa, e *socius*, na relação interna com os demais condôminos; ii) comunhão de estilo germânico (comunhão do tipo germânico ou *Gesamnte Hand*), criando propriedade coletiva e não divisão por cota ideal e abstrata, daí a aludir-se doutrinariamente a “propriedade em mão comum”, impondo-se que os atos proprietários sejam praticados por todos conjuntamente e sem personificação⁹².

Pode ainda a comunhão ser objeto de outras classificações⁹³, destacando-se para o fim deste trabalho a divisão em comunhão *pro diviso* e *pro indiviso*.

Verifica-se na comunhão *pro diviso* que a comunhão recai sobre partes singulares de propriedades diversas, embora sem prejuízo à integralidade material, merecendo críticas porque não seria propriamente uma comunhão⁹⁴, que limitar-se-ia somente a comunhão *pro indiviso* (ex. áreas comuns do condomínio edilício).

Os direitos reais possuem uma série de características, destacando-se a exclusividade, ou seja, só pode haver um titular para cada direito real (*duorum vel plurium in solidum*

Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 269). Para este autor ainda é possível distinguir concurso e comunhão de direito. Nem sempre a existência de mais de um titular de um mesmo direito irá caracterizar uma comunhão. No concurso de direitos existe mais de uma pessoa, mas cada um conserva as características peculiares àquele determinado tipo quando pertence a um só sujeito. “É o exemplo que podemos colher, através da constituição de uma servidão real, de direitos reais de garantia, direitos de crédito”. A comunhão exige que o direito, pela sua própria natureza, só possa pertencer a um titular, de modo que a comunhão seria a situação excepcional em que existe mais de um titular sobre esse direito, fazendo surgir uma cotitularidade.

⁹¹ Por todos, confira-se Miguel Maria de Serpa Lopes (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 289).

⁹² Louis Josserand (*Essai sur la propriété collective, Livre du Centenaire*, I, p. 357 e s.s.), apud Serpa Lopes (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 268), considera criticamente individualista a perspectiva romana de comunhão. Ela torna a coisa inapta para servir ao bem comum, mas idônea para atender ao interesse individual de cada condômino. E a potencialidade de riqueza da copropriedade dependeria das ações individuais, retirando o caráter social e autônomo que a comunhão deveria respeitar.

⁹³ Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 206) classifica a comunhão quanto a origem (voluntária ou convencional e eventual ou acidental), quanto ao objeto (universal e particular) e quanto à forma ou modo de ser (*pro diviso* ou *pro indiviso*). Sobre esta última ensina que “Finalmente, quanto à sua forma ou modo de ser, a comunhão é *pro diviso* e *pro indiviso*. Na primeira, a comunhão existe de direito, mas não de fato, uma vez que cada condômino já se localiza numa parte certa e determinada da coisa. Exemplo típico de partes *pro diviso* é o do prédio cujos andares pertencem a proprietários diversos, o condomínio nos edifícios de apartamentos. Na segunda, a comunhão perdura de fato e de direito, todos os condôminos permanecem na indivisão, tanto juridicamente como de fato; os condôminos na se localizaram na coisa, que se mantém indivisa. É a mais importante das classificações, pelas consequências práticas que dela resultam”

⁹⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 272.

*dominium vel possessionem esse non potest*⁹⁵). Tal característica, ao menos em tese, mostra-se incompatível com a pluralidade de sujeitos que compõe a comunhão pelo condomínio. Se o direito de propriedade é exclusivo, como cogitar de uma propriedade com vários titulares?

Mas a contradição revela-se apenas aparente. De qualquer modo, este desafio levou respeitada opinião doutrinária a formular a seguinte indagação: o condomínio constitui-se em “estado anormal da propriedade”⁹⁶?

Diversas teorias buscaram explicar o fenômeno⁹⁷: i) teoria da divisão ideal da coisa (a divisão ocorre através de partes ideais e não fisicamente); ii) teoria da divisão do direito [subdivide-se em outras duas subteorias: ii.i.) teoria da *divisão ideal do direito* (existe um único direito de propriedade dividido entre os condôminos em partes ideais ou intelectuais que, sendo somadas, formam a integralidade do direito; ii.ii) teoria da divisão real do direito (a divisão do direito de propriedade é real, através de partes reais e efetivas, e não meramente ideais, de modo que o próprio direito se divide por não subsistir em sua integridade, sendo a coisa reputada dividida pela divisão do direito)]; iii) teoria da divisão do direito segundo a sua extensão (há divisão real, por serem divisíveis os direitos de um modo geral, de forma que os coproprietários constituem diversos direitos de propriedade, mas proporcionando a cada um deles tão somente uma parte dos efeitos divisíveis); iv) teoria da pluralidade de propriedade (concorrem várias propriedades sobre a mesma coisa, havendo propriedades conceitualmente iguais na sua essência e limitadas no seu exercício pela concorrência de outra propriedade, sem fracionamento de única propriedade.

O art. 623 do CC/16⁹⁸, com a emenda do Decreto Legislativo nº 3.725, de 15.1.19, limitou-se a indicar algumas faculdades próprias do domínio e a estabelecer a correlação entre os condôminos sem defini-lo: “na propriedade em comum, compropriedade, ou condomínio, cada condômino ou consorte pode: I - usar livremente da coisa conforme seu destino, e sobre

⁹⁵ Digesto, Livro 13, Tit VI, fr. 5, § 15. Na tradução livre: “não pode existir a propriedade ou posse de duas ou mais pessoas, solidariamente, sobre a mesma coisa”

⁹⁶ A expressão é utilizada por Clóvis Beviláqua (BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 214), que responde a pergunta afirmativamente.

⁹⁷ Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 2004) contrapõe as teorias individualista e coletivista para explicar o paradoxo do condomínio “a propriedade é um direito exclusivo. Por esta razão, parece estranho que várias pessoas possam ter simultaneamente o domínio da mesma coisa. Uma excluiria a outra, eis que não pode comum o que é próprio por natureza e essência. Para conciliar essa antítese, a teoria individualista divide idealmente a coisa, atribuindo a cada sujeito o direito de propriedade sobre a parte abstrata resultante da divisão ideal. Embora os condôminos exerçam direitos sobre a coisa comum, a rigor, são proprietários de partes abstratamente divididas. Por sua vez, a teoria coletiva “vê na comunhão um só direito, tendo como sujeito a coletividade constituída pelos interessados. Não há titulares individuais. A coisa é realmente comum. Numa palavra, a propriedade é coletiva.”

⁹⁸ No esboço de Teixeira de Freitas o art. 4336 apresentava um conceito de condomínio: “condomínio (direito de co-propriedade sobre coisas) é o direito real, perpétuo ou temporário, de duas ou mais pessoas sobre uma coisa própria (art. 3704, nº 2, móvel ou imóvel (arts. 387 a 410), pertencendo a cada uma delas uma parte indivisa” (FREITAS, A. Teixeira de Freitas, Código Civil – Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1983).

ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão; II - reivindicá-la de terceiro; III - alhear a respectiva parte indivisa, ou gravá-la (art. 1.139)”.

A discussão teórica e a posição eleita pelo Código Civil ficaram bem esclarecidas por Clovis Beviláqua, ao afirmar que “o *código aceitou*, desenvolvendo-a, a *doutrina romana* do condomínio. Ao lado dela, conhece a doutrina a propriedade coletiva do direito germânico, em que os condôminos não têm uma determinada parte ideal na propriedade comum, porém, somente, o direito de gozar da coisa em comum. No *compáscuo* (art. 646) há uma figura jurídica assemelhada⁹⁹”.

Realmente, o legislador refere-se especificamente à *fração ideal* no art. 1314 do CC/02 – em substituição a *parte indivisa* referida pelo art. 623 do CC/16 – e afasta o sistema brasileiro da teoria germânica para aproximá-la do direito romano¹⁰⁰, que já cogitava da fração ideal como justificativa para a relação entre os coproprietários. Existe relação jurídica de propriedade com um objeto, embora com pluralidade de sujeitos¹⁰¹.

O CC/02 no art. 1314¹⁰² mantém o mesmo conteúdo, embora adotando uma redação mais concisa, ao reunir no *caput* as referências que antes ocupavam três incisos. Refere-se à faculdade de usar, ao exercício de direitos e a alienação da fração ideal. Apenas inclui a faculdade de reaver¹⁰³, que no CC/16 era assegurada em artigo próprio (art. 634).

⁹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Vol. III. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1958, p. 133.

¹⁰⁰ Caio Mario da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos Reais, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 151) acusando a contradição existente entre o condomínio e a característica da exclusividade da propriedade, lembra que “a cada condômino é assegurada uma quota ou fração ideal da coisa, e não uma parcela material desta. Cada cota ou fração não significa que a cada um dos comproprietários se reconhece a plenitude dominial sobre um fragmento físico do bem, mas que todos os comunistas têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade dele, limitados na proporção quantitativa em que concorre com os outros comproprietários na titularidade sobre o conjunto. Somente assim se justifica a coexistência de direitos sobre uma dada coisa, exercidos comunitariamente e sem conflito por uma pluralidade de donos, e com exclusão de todos quantos sejam estranhos à comunhão”

¹⁰¹ Serpa Lopes, sobre a polêmica, lembra que “seria ousado e contraproducente de nossa parte a pretensão de encontrar a chave solucionadora da controvérsia. Deixando, porém, bem claro o nó górdio da questão, explicado, através dessas mesmas divergências, o mecanismo jurídico do condomínio, isto é, uma pluralidade de titulares da propriedade de uma coisa, exercendo sobre ela um poder interno na proporção dos seus quinhões, pouco importa considerar-se esse direito caracterizado por uma divisão ideal ou objetiva, ou uma divisão quanto a sua extensão ou outra qualquer ideia representativa do que ela é, pois o importante é saber que, desta ou daquela forma, há uma propriedade suscetível de ser exercida por sujeitos plúrimos, e que a razão mostra a impossibilidade de qualquer deles poder absorver a totalidade dos elementos integrantes do domínio, senão fruem de todas as faculdades dele características na proporção do seu próprio direito que é regulado pelo valor da coisa. Por isso, diante de tão intrincado problema, N. Stolfi preferiu seguir a orientação de Gianturco de que ainda modernamente deve prevalecer o princípio romano: *duorum quidem in solidum dominium esse non potest*.” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960).

¹⁰² Hebert Viana Chamoun, autor do anteprojeto do CC/02, considera desnecessário aprofundar a discussão em torno das teorias que buscam explicar a natureza do condomínio, ensinando que o mais importante é identificar que “a co-propriedade ou condomínio é a participação, numa propriedade, de vários titulares”. E então lembra que “todas essas teorias nenhuma utilidade trazem a aplicação prática do instituto porque não conseguem alterar as regras da mesma” (Apostila, p. 163).

¹⁰³ Essa faculdade de reaver prevista pelo art. 1314 do CC produz reflexos da mais alta relevância social e econômica. Possibilita a cada condômino, isoladamente, adotar os mecanismos judiciais e extrajudiciais para a

2.2 Classificação do condomínio e crítica ao CC/02

O Condomínio é regulado pelo CC/02 nos artigos 1314 a 1358. Ocupa os capítulos VI (Condomínio Geral, voluntário e necessário, nas Seções I e II) e VII (Condomínio Edilício), dentro do Título III (Propriedade), do Livro III (Direito das Coisas).

No CC/16 o tema estava disciplinado pelos artigos 623 ao 645. Ocupava o Capítulo IV, Título II (Propriedade), Livro II (Direito das Coisas). Nenhuma regra disciplinava o condomínio edilício naquele Código. A explicação é simples. Os trabalhos visando à criação do primeiro Código do Brasil foram iniciados por determinação da Constituição de 1824¹⁰⁴.

De Teixeira de Freitas (consolidação das leis civis em 1855 e esboço em 1859) até Clovis Beviláqua (escolhido em 1898), passando pela aprovação do projeto no Congresso (1916), transcorreu-se mais de meio século. Do meio para o final do século XIX a construção de edifícios com destinação multifamiliar através da superposição de andares destinado à moradia era realidade desconhecida no Brasil.

Nota-se que a gestação da atividade industrial no país começou a partir da segunda metade daquele século, sendo a economia, até então, baseada exclusivamente no comércio e na produção rural, explicando-se a existência de fazendas e palacetes confortáveis para a família imperial e detentores de títulos nobiliárquicos, os quais conviveram com sobrados, mucambos e vilas.

proteção da comosse, para além dos mecanismos de proteção da copropriedade, nem sempre tão eficientes. Essa posição é coerente com o conceito de posse oferecido pelo art. 1196 do CC, inspirado pela teoria objetiva formulada por Rudolf von Jhering. Pode cada condômino praticar a autotutela (art. 1210, § 1º, do CC) ou ajuizar uma das ações tipicamente possessórias (reintegração de posse, em caso de esbulho; manutenção de posse, em caso de turbação; interdito proibitório, em caso de ameaça de turbação ou esbulho). As ações possessórias são procedimentalmente reguladas pelos arts. 920 ao 933 do CPC. Em suma, não haverá litisconsórcio necessário entre os condôminos, por lei ou pela natureza da relação jurídica, únicas hipóteses previstas pelo art. 47 do CPC. No primeiro caso, porque o art. 1314 do CC expressamente o permite. No segundo caso, porque o sistema brasileiro adota a perspectiva romana e não germânica para explicar a natureza da posse. De forma que cada coproprietário é titular do direito real de propriedade exclusivo em relação ao terceiro agressor, qualitativamente, embora quantitativamente seja titular de uma fração ideal em relação aos demais coproprietários. Ao escrever sobre o tema, Ihering afirma categoricamente: “passo agora a exposição da minha opinião. Eu a resumo na seguinte proposição: a proteção da posse, como exteriorização da propriedade, é um complexo necessário da proteção da propriedade, uma facilidade de prova em favor do proprietário, que necessariamente aproveita também ao não proprietário” (JHERING, Rudolf Von. O Fundamento dos Interdictos Possessorios. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1900, p. 61).

¹⁰⁴ A constituição do Império de 1824 previu no seu art. 179: “a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

...
XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

Em perspectiva puramente conceitual, mostra-se possível afirmar que “dá-se o condomínio, quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes¹⁰⁵”.

E a partir da perspectiva romana (*condominium iuris germanici*), afastando-se da concepção germânica¹⁰⁶, é preciso distinguir a relação jurídica de cotitularidade do domínio por duas óticas diferentes: i) na relação entre cada condômino e terceiro; ii) na relação entre os próprios condôminos.

Na relação do condômino com terceiros, deve-se considerá-lo proprietário exclusivo da integralidade do bem cuja titularidade divide com outros sujeitos, e não de uma parcela material desse bem, de forma a assegurar a exclusividade, própria do domínio.

Por sua vez, na relação entre os condôminos, verifica-se a *fração ideal* ou *quota* e não a parcela fisicamente identificada da coisa. De modo que o direito de cada condômino ao domínio é qualitativamente idêntico ao dos demais sobre a totalidade do bem, embora quantitativamente distinto de acordo com a proporção titularizada por cada um deles¹⁰⁷.

Examinando-se por outra perspectiva, é possível constatar que “encarado no seu aspecto objetivo, isto é, em relação à coisa, chama-se indivisão. Visto sob o aspecto subjetivo, isto é, em relação aos sujeitos titulares do direito, denomina-se comunhão¹⁰⁸”.

2.3 Aspecto geral das regras do condomínio voluntário

O CC/02 classifica o condomínio em geral e edilício. No condomínio geral, subdivide-se em voluntário e necessário.

Doutrinariamente¹⁰⁹, pode-se classificar o condomínio em *convencional*¹¹⁰ (seria o caso de duas ou mais pessoas adquirem em conjunto um imóvel para investirem), *incidente* (também chamado de eventual, pois seu nascimento não decorre da vontade dos titulares do

¹⁰⁵ É o conceito elaborado por Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos Reais, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 151).

¹⁰⁶ Na Alemanha, além do *condominium iuris germanici*, em que a coisa pertence a coletividade e não aos condôminos, através da propriedade coletiva ou em mão comum aqui já examinada. Mas também coexiste o condomínio por quotas. Por todos, Caio Mario (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos Reais, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 152).

¹⁰⁷ É o que extrai-se do Código Civil de Portugal (art. 1403: noção de compropriedade). “2. Os direitos dos consortes ou comproprietários sobre a coisa comum são qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes; as quotas presume-se, todavia, quantitativamente iguais na falta de indicação em contrário do título constitutivo”.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 239.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos Reais, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 152.

¹¹⁰ A expressão contratual também é utilizada, embora seja criticável, uma vez que o negócio jurídico que traduz a vontade pode não ser um contrato e sim um negócio *mortis causa*. Seria o caso, por exemplo, de um testamento indicar duas pessoas que passariam a ser condôminas de um imóvel.

domínio, como ocorre na sucessão hereditária) e *forçado* (também chamado de *comunhão legal*, decorre de imposição da ordem jurídica).

Pode ainda ser *ordinário* (também chamado de transitório, destina-se a existir por um período determinado, seja porque existe um prazo determinado, seja porque pode ser extinto a qualquer tempo) e *coativo* ou *forçado* (não pode ser extinto em razão da coisa, da relação ou da própria forma de exercício, como é o caso do condomínio necessário dos arts. 1327 a 1330).

No plano puramente teórico, parece acertada¹¹¹ a divisão do condomínio em *voluntário* (nasce da vontade, em geral por ato negocial *inter vivos*, como o contrato, e *mortis causa*, como o testamento) e *legal* (decorre da atribuição de efeitos pelo legislador e não pelo reconhecimento de efeitos jurídicos à vontade). O condomínio legal, por sua vez, subdivide-se em *incidental* ou *fortuito*¹¹² (seria a hipótese da sucessão legítima) e *necessário* ou *forçado* (regulado pelos arts. 1327 ao 1330 do CC) .

Não parece ter sido feliz a escolha do legislador ao classificar o condomínio geral apenas como voluntário e necessário¹¹³. Pense-se no condomínio formado por sucessão legítima, em que dois irmãos se tornam condôminos de um imóvel em razão do falecimento do seu pai: tal hipótese é classificável como condomínio voluntário ou necessário? A rigor, a causa aquisitiva decorre da lei (condomínio legal) e não da vontade (voluntário). Por outro lado, não se trata da hipótese prevista nos arts. 1327 a 1330 do CC (condomínio necessário). Em suma, o significado puramente linguístico acusaria a existência de uma lacuna legislativa em relação ao condomínio incidental.

A questão, para além da dogmática, será essencial para indicar a normativa aplicável.

¹¹¹ Essa classificação é adotada nos comentários ao art. 1314 do Código Civil (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena & MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 656).

¹¹² A *comunhão legal* subdivide-se em *comunhão forçada* e *fortuita* ou *incidente*. A primeira é imposta por força do inevitável estado de indivisão de certos bens. A segunda resulta de circunstâncias. Há quem não considere a *comunhão fortuita* espécie de *comunhão legal*. Constituiria categoria autônoma, uma vez que a lei se limita a reconhecer sua existência necessária, mas, desde que se impõe aos indivíduos, contra sua vontade, e é legalmente estabelecida, pode ser qualificada como uma das modalidades de *comunhão legal*. A *comunhão forçada* verifica-se: 1º) em paredes, cercas, muros e valas; 2º) em pastagens; 3º) na formação de ilhas; 4º) na comistão, confusão e adjunção; 5º) no tesouro. A *comunhão fortuita* é a que se estabelece entre vários herdeiros com a abertura da sucessão até a final da partilha. Caracteriza-se pela ausência de intenção. A *indivisão hereditária* é realmente um estado provisório.” (GOMES, Orlando. Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 240).

¹¹³ Eram mais adequadas as estruturas adotadas pelo Esboço de Teixeira de Freitas e pelo Código Civil de 1916. No esboço, o condomínio ocupava um título, dividido em capítulos (condomínio em geral, condomínio por meação de paredes e muros e condomínio por confusão de limites). Didática também era a sistemática do Código Civil de 1916, que, sob a rubrica “condomínio”, tratava de “direitos e deveres” (seção I), administração do condomínio (Seção II), condomínio em paredes, cercas, muros e valas (seção III) e do compáscuo (seção IV). Portanto, as duas soluções abordavam o que a doutrina – e agora o Código Civil de 2002 – chama de condomínio forçado ou necessário, sem, todavia, usar expressões doutrinariamente equívocas, deixando para os operadores o papel de classificar a categoria jurídica.

Em razão disso, e para atribuir uma função à classificação, pensamos ser fundamental dividir o condomínio de três formas: i) voluntário; ii) incidente; iii) necessário ou forçado. Estes dois últimos são espécies de condomínio legal. Dos artigos 1314 ao 1326 do CC, embora sob a rubrica “condomínio voluntário”, devem ser interpretados como sendo a disciplina do “condomínio comum”, de modo a incluir o condomínio voluntário (“i”) e o incidente (“ii”), pois o necessário (“iii”) possui disciplina própria. Melhor seria o legislador classificar o condomínio em geral e edilício, mas sem subdivisões doutrinárias do condomínio geral, que competiria aos doutrinadores.

Até agora, o condomínio foi abordado dogmaticamente através de aspectos estruturais que são comuns a todas as modalidades condominiais, especialmente o condomínio edilício, que constitui o foco deste trabalho. A partir da análise da disciplina legal do condomínio geral, será preciso distinguir os aspectos estruturais e funcionais que são comuns aos dois modelos, ao mesmo tempo que distinguir o tratamento específico dispensado para o condomínio geral e sua insuficiência para atender às necessidades do condomínio edilício, que será objeto de estudo seguinte.

Então, “como ponto de partida cumpre-nos retornar à noção tradicional de condomínio não por mero prazer erudito nem por complexo sentimental, senão para que uma aferição de contraste prontamente nos sugira a diferença existente entre a comunhão pro diviso clássica e a fórmula moderna da divisão-indivisão dos edifícios coletivos. Pois, se se trata de um regime de condomínio, bom será desde já extremá-lo do velho.”

Se duas pessoas adquirem um terreno e decidem construir um edifício de 5 andares, com um total de 10 apartamentos, estará criado entre elas um condomínio geral voluntário regulado pelos arts. 1314 ao art. 1326 do CC.

Mas como cada qual pretende ficar com cinco unidades autônomas – com o fim de morar, trocar, vender, alugar ou qualquer outro propósito - será preciso criar um condomínio diferente, um condomínio especial, pois a comunhão estabelecida entre os dois é jurídica e de fato (condomínio *pro indiviso*), de forma que, por aqueles artigos, poderiam vender somente as suas frações ideais e não as unidades individualmente, e, mesmo assim, após oferecer o direito de preferência ao outro condômino (art. 1322 do CC¹¹⁴).

¹¹⁴ “art. 1.322. Quando a coisa for *indivisível*, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.

Parágrafo único. Se nenhum dos condôminos tem benfeitorias na coisa comum e participam todos do condomínio em partes iguais, realizar-se-á licitação entre estranhos e, antes de adjudicada a coisa àquele que ofereceu maior lance, proceder-se-á à licitação entre os condôminos, a fim de que a coisa seja adjudicada a quem

Essa construção, além das unidades, também possui acesso ao edifício, à portaria, aos corredores e outras partes que não são utilizadas com exclusividade por nenhum deles, e poderia fazer parte da comunhão, ao contrário dos apartamentos, que seriam exclusivas de cada um. Mas seria necessário, para isso, criar estrutura jurídica nova para corresponder a essa tendência social e econômica. Constata-se aí a inspiração para a concepção do condomínio edilício.

Essa reunião, em uma mesma construção, de partes exclusivas (unidades, como apartamentos, lojas e salas) e partes comuns (o terraço, o espaço destinado ao abrigo de veículos, o *playground*), corresponde ao grande diferencial dessa estrutura, “e o jurista, atraído por tais questões, é chamado a dar-lhe solução, polarizados suas atenções e seus estudos no meneio dos elementos técnicos, hábeis a proporcionar seu equacionamento¹¹⁵”.

A possibilidade de construir edifícios com superposição de andares, própria das necessidades sociais de habitação, somada ao adensamento populacional e às transformações da engenharia, da indústria e da arquitetura, exigiu que o operador se debruçasse sobre esse novo formato para disciplinar os seus efeitos a partir das necessidades dos seus sujeitos. As construções passaram a ser feitas em direção ao céu, com limites desconhecidos¹¹⁶.

Se pontos em comum existem, as distinções não são poucas. E por uma razão que beira o trivial: as regras do condomínio edilício buscam, em sua imensa maioria, disciplinar o uso das áreas comuns e a forma de administrar a comunhão, sendo, assim, minoritárias as regras que cuidam da forma de utilização das áreas exclusivas, a não ser em relação às situações pontuais em que interferem na comunhão.

O art. 1315 do Código Civil estabelece que “o condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita”. Uma regra importante quando se cogita de dois proprietários de uma casa ou apartamento, que devem arcar com as despesas de conservação e divisão proporcionalmente a cota parte de cada um.

Todavia, um dispositivo que não consegue resolver o problema de custeio de despesas no condomínio edilício¹¹⁷. Neste, é preciso atribuir a cada condômino a responsabilidade

afinal oferecer melhor lance, preferindo, em condições iguais, o condômino ao estranho.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.33.

¹¹⁶ Ao que se sabe – esses recordes costumam ser derrubados com velocidade – o Edifício “Burj Khalifa”, localizado em Dubai, Emirados Árabes, era, ao menos até julho de 2014, o prédio mais alto do mundo, com inacreditáveis oitocentos e vinte e oito metros de altura. Foi entregue em 2010 pelo custo de um bilhão e meio de reais. Esse edifício é tão alto que exigiu a instalação de um elevador que atinge a marca impressionante de sessenta e quatro quilômetros por hora (Fonte: Wikipédia/Consulta feita em 01/07/14).

¹¹⁷ Por isso existem algumas regras sobre despesas: i) artigo 1336, I, do CC: são deveres do condômino: I - Contribuir para as despesas do condomínio, na proporção de suas frações ideais, salvo disposição em contrário

pelos custos gerados pelas unidades exclusivas (ex. energia, gás e imposto predial). E, ao mesmo tempo, repartir entre todos as despesas geradas para preservar a área comum, objeto da comunhão (ex. despesas com empregados, energia e manutenção).

O parágrafo único desse art. 1315 do CC afirma que: “presumem-se iguais às partes ideais dos condôminos”. Ao contrário, no condomínio edilício o ato de instituição deve prever a fração ideal relativa a cada unidade, “relativamente ao terreno e partes comuns” (art. 1332, II, CC).

Por outro lado, o condomínio tradicional é transitório, sendo o direito de extinguir¹¹⁸ o condomínio reconhecido pelo art. 1320 do Código Civil¹¹⁹. Inclusive, a própria possibilidade de convencionar a indivisibilidade fica limitada ao máximo de cinco anos. Ao contrário, o condomínio edilício é permanente e perpétuo como efeito da sua própria estrutura, de forma que os espaços comuns “são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente ou divididos” (art. 1331, § 2º, do CC).

Pelo mesmo motivo, é incompatível com o condomínio edilício a regra do art. 1316 do CC, que permite o condômino “eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciado a parte ideal”. Neste caso, o domínio é transferido para os condôminos que assumirem as despesas (§1º), ou, se nenhum assumir, a coisa será dividida (§2).

Ainda assim, percebe-se a existência de “aspectos condominiais gerais” na estrutura e nas regras do “condomínio voluntário”, inclusive aplicáveis subsidiariamente ao condomínio edilício. Embora a tipografia utilizada na redação e classificação limite a aplicação para essa modalidade condominial, uma análise estrutural e funcional dos artigos autoriza a sua utilização com perfeição para resolver alguns desafios do condomínio especial (edilício). E sem falar na possibilidade de algumas regras mostrarem-se adequadas ao condomínio edilício

na convenção; ii) artigo 1340 do CC: “as despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve; iii) art. 1344 do CC: ao proprietário do terraço de cobertura incumbem as despesas da sua conservação, de modo que não haja danos às unidades imobiliárias inferiores; iv) art. 1.345 do CC: o adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios.

¹¹⁸ “Se a copropriedade incidir sobre bem imóvel divisível, qualquer dos coproprietários poderá requerer a divisão por meio de procedimento previsto no CPC (arts. 967-981). Já quando se tratar de bens indivisíveis, incidirá a norma específica do art. 1322. A via judicial mostra-se necessária apenas se houver litígio entre os condôminos ou se um deles for incapaz (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena & MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 664).

¹¹⁹ Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão.

§ 1o Podem os condôminos acordar que fique *indivisa* a coisa comum *por prazo não maior de cinco anos*, suscetível de prorrogação ulterior.

§ 2o Não poderá exceder de *cinco anos* a indivisão estabelecida pelo *doador ou pelo testador*.

§ 3o A requerimento de qualquer interessado e se graves razões o aconselharem, pode o juiz determinar a divisão da coisa comum antes do prazo.

apenas em parte, sendo rechaçadas em relação a outra porção, a exigir a extração do princípio que a inspira a partir da análise circunstancial do caso concreto.

É o caso do art. 1314 do CC, ao prever que “cada condômino pode *usar* da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os *direitos compatíveis* com a indivisão, *reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la*”. O parágrafo único prevê que “nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, *nem dar posse, uso e gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros*”.

De início, afasta-se a possibilidade de alienação da fração ideal, com base no abordado art. 1331, § 2º, do CC, que torna a área comum *indivisível*, só podendo ser alienada quando for para acompanhar a alienação da própria unidade a qual esta vinculada. No entanto, cada condômino está autorizado a isoladamente defender a sua posse e reivindicá-la de terceiro. Basta pensar em condomínio formado por dez condôminos. Se nove deles estiverem de férias fora do país, o ingresso no edifício, de pessoa estranha e desautorizada, autoriza que o décimo condômino, que não viajou, possa praticar autotutela ou ajuizar ação possessória isoladamente.

Da mesma forma, caso exista nesse condomínio residencial um espaço destinado à confraternização de condôminos, como *lounge*, churrasqueira ou salão de festas, e desde que a convenção de condomínio não autorize, o princípio contido nesse art. 1314 do CC proibirá que os condôminos emprestem – ou realizem sublocações - tais espaços para amigos ou familiares realizarem eventos, hipótese em que, desrespeitando-se a regra, esse condomínio daria ilegal posse da área comum para terceiros.

2.4 Condomínio Edifício

O condomínio edilício¹²⁰ apresenta-se um espaço onde coexistem simbioticamente partes exclusivas (propriedade comum) e comuns (condomínio), cuja reunião é responsável por estrutura autônoma e revigorante do direito de propriedade, consequência das

¹²⁰ Discute-se a posição do direito romano sobre a propriedade horizontal, e até mesmo se a civilização pré-romana dos caldeus, no segundo milênio antes de cristo, representa a origem histórica do instituto. Embora não fosse desconhecida dos romanos a superposição das habitações, não havia o reconhecimento da estrutura assemelhada a atual. A esse respeito lembra Caio Mario que “com justeza pode-se, pois, dizer que o direito romano desconhecia, no sentido de que se lhe opunha, a ideia de divisão dos prédios por planos horizontais” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 36). Tal assertiva justifica-se pela tradição “*aedificium solo cedit et ius soli sequitur*”. Para uma abordagem histórica do condomínio edilício, confirmam-se as obras de João Batista Lopes (LOPES, João Batista. Condomínio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 21-25) e Caio Mario da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 33-40).

necessidades habitacionais nas sociedades industriais e consequente êxodo rural ocorrido a partir do século XIX¹²¹ no Brasil.

Esta sucinta explicação para o processo de verticalização das construções denuncia a diferença de propósitos em relação ao ocorrido na Europa durante o período do pós-guerra, onde o condomínio edilício tornou-se instrumento para a reconstrução das cidades¹²².

Destaca-se nessa mistura simbiótica a criação de novo e autônomo direito real, diverso da propriedade exclusiva e do condomínio tradicional, promovendo-se esse espaço de coexistência entre os diversos interesses envolvidos e que desenvolve-se por meio de dois órgãos principais: i) síndico; ii) assembleia de condomínio.

Os limites para o atuar dessa comunhão decorrem de múltiplas fontes: i) CR; ii) legislação ordinária; iii) convenção de condomínio; iv) regimento interno; v) deliberações de assembleias. De modo que cada condômino submete-se às determinações dos órgãos condominiais, por sua vez submetidos aos parâmetros e limites gerais impostos ao exercício da autonomia privada.

Vê-se que essa pluralidade de fontes normativas disciplinadoras da vida condominial exige redefinir-se a hierarquia de cada qual, de modo que o ápice seja ocupado pela Constituição e realize-se assim a reconstrução dos nexos entre essas múltiplas fontes a partir da unidade axiológica constitucional¹²³.

Esse percurso revela que a coexistência entre os condôminos e harmonização dos diversos interesses nesses espaços com fim residencial, empresarial ou misto guardam profundas e naturais semelhanças com as estruturas dos estados republicanos, de direito e democráticos e reproduzem parte dos seus desafios, podendo guiar-se por alguns dos seus parâmetros.

Basta pensar na democracia participativa e representativa, que se traduz no condomínio edilício pelas deliberações das assembleias (democracia participativa) e eleição do síndico (democracia representativa). E na autolimitação própria do Estado Republicano e de Direito, impondo-se aos órgãos do condomínio o respeito a CR, legislação e sobretudo a convenção de condomínio que haja sido criada legitimamente pelo “estado condominial”.

É o caso do princípio democrático, que impede a opressão da minoria pela maioria quantitativa. De acordo com o art. 1352, *p.u.*, do CC, os votos nas deliberações de assembleias “serão proporcionais às frações ideais” se não houver “disposição diversa da

¹²¹ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em Edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57.

¹²² LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em Edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹²³ TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XX e ss.

convenção”, ou seja, o incorporador imobiliário ou outro proprietário de diversas unidades poderá sozinho criar e alterar a convenção e deliberar em assembleias.

Tais manifestações majoritárias podem ser legítimas ou ilegítimas, a justificar o controle de merecimento de tutela do seu conteúdo. Se, por exemplo, o incorporador imobiliário tem maioria dos votos em virtude de suas “frações ideais” e com base nisso decide isentar suas unidades do pagamento da contribuição condominial, cria-se a ditadura da maioria e não um ambiente democrático, violando, a um só tempo, da isonomia e da solidariedade constitucional.

É o caso do dever que o condômino tem de “dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação”, proibição esta que recai sobre a área exclusiva, ilustrando bem a distinção entre propriedade exclusiva e parte exclusiva da propriedade condominial edilícia. Neste caso, fica a assembleia obrigada a respeitar a finalidade estabelecida por ocasião da instituição do condomínio, só podendo ser alterado esse fim se ocorrer deliberação unânime dos condôminos.

Destaca-se nessa breve origem histórica a demonstração da função do condomínio edilício em sua origem, que recaiu sobre a crise habitacional decorrente do crescimento populacional nas cidades, de modo que edificações eram erguidas com o fim de tornarem-se especialmente moradias e salas comerciais, promovidas por um incipiente mercado imobiliário¹²⁴ que enxergou oportunidade a partir das dificuldades criadas por essa crise da habitação. Bem diferente, portanto, da perspectiva contemporânea, que criativamente enxerga funções novas e variadas para a estrutura do condômino, moldando funcionalmente o seu conteúdo e reclamando critérios para a verificação do merecimento de tutela.

¹²⁴ O fim do Século XIX e início do Século XX marcam o surgimento do mercado imobiliário. No fim do Século XIX os cortiços e estalagens eram precárias habitações coletivas utilizadas por trabalhadores. Até então as habitações eram unifamiliares (ex. palácios, palacetes, fazendas, chácaras, casa grande) e não multifamiliares. A concentração urbana torna-se efeito da industrialização, tornando os cortiços boas fontes de renda para os proprietários. Problemas de saúde pública, especialmente epidemias provocadas pelas péssimas condições de higiene dessas habitações coletivas, levaram a extinção e proibição dos cortiços pelo poder público. Surgem as primeiras posturas municipais. A criação de vilas e outras construções com melhores estruturas de higiene são incentivadas no início do Século XX. Emerge um pujante mercado imobiliário, que visualiza oportunidade a partir dessas necessidades de habitação de qualidade. Aparecem os bairros valorizados, em geral próximos dos centros comerciais. E também surgem as primeiras favelas e os subúrbios. As construções multifamiliares crescem. Até que nas primeiras décadas do século XX ocorre à verticalização e o surgimento das propriedades horizontais através de arranha-céu compostos por unidades autônomas. Após a segunda guerra o capitalismo é adotado pela maioria dos países ocidentais como modelo econômico. E a partir daí o mercado imobiliário passa exercer um papel de destaque na econômica da maioria dos países do mundo. Sobre o tema, recomenda-se a leitura da obra “Modernidade e Moradia – Habitação Coletiva no Rio de Janeiro nos Séculos XIX e XX” (VAZ, Lilian Fessler. Modernidade e Moradia – Habitação Coletiva do Rio de Janeiro nos Séculos XIX e XX. Rio de Janeiro: Ed. Letras, 2002).

Durante o processo de codificação o tema não foi incluído nos principais códigos civis, como o *BGB*¹²⁵ e o *Code Civil*¹²⁶, omissão que acabou por refletir-se no modelo brasileiro¹²⁷. Na França, a convivência entre os coproprietários horizontais era resolvida pelo direito de vizinhança.

No Brasil, durante o limiar do século XX, surgiu o Decreto 5.481, de 15 de junho de 1928¹²⁸, dispondo sobre a “a alienação parcial dos edifícios”, onde se previu a figura dos edifícios com mais de cinco andares formado por apartamentos autônomos destinados à residência ou a escritórios, caracterizando propriedades autônomas e individualizadas no registro público para serem alienadas.

Em 1943 e 1948, respectivamente, tal legislação passou a admitir edifícios de três e dois pavimentos. Neste momento já era concebida a figura da parte comum, tornada inalienável e indivisível, coexistindo simbioticamente com as propriedades exclusivas e assim caracterizando o elemento essencial e o traço distintivo desse novo modelo de condomínio.

Verifica-se então a seguinte evolução histórica-estrutural: i) propriedade exclusiva; ii) propriedade em comunhão (condomínio comum); iii) propriedade em comunhão *pro indiviso* (condomínio edilício); iv) alteração funcional do condomínio edilício. De modo que o condomínio edilício, embora ostente autonomia estrutural e funcional em relação à propriedade exclusiva e ao condomínio comum, revela-se uma evolução dessa estrutura proprietária baseada em valores constitucionais importantíssimos como a livre iniciativa privada.

Na terceira fase constata-se novo direito real, com estrutura autônoma em relação à comunhão condominial existente, especialmente pelas limitações que a coexistência entre partes exclusivas e comuns impõem. E assim cria-se uma nova estrutura para atender as funções e reclamos do início do século XX.

Sobre o surgimento do condomínio edilício no contexto ocidental verifica-se que somente em 28 de junho de 1938 a França disciplina a *co-propriété des immeubles bâtis*, com traço marcadamente liberal, com regras dispositivas e autorizadoras da autorregulação das necessidades dos coproprietários. Posteriormente, especialmente em razão das referidas necessidades habitacionais do pós-guerra, surge a Lei 65-557, de 10 de julho de 1965, de

¹²⁵ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Condomínio em Edificações. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

¹²⁶ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Condomínio em Edificações. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹²⁷ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Condomínio em Edificações. São Paulo: Saraiva, 2010, p.62.

¹²⁸ Modificado decreto-lei 5234 de 8/02/43 e lei 285 de 5/06/48

feição mais imperativa e, por isso, objeto de muitas críticas pela doutrina francesa¹²⁹, inclusive atribuindo-se personalidade moral ao sindicato de proprietários.

Na Alemanha, por necessidades ligadas à crise da habitação, surge em 15 de março de 1951 a *Wohnungseigentumgesetz*, derogando-se os § 93 e 94 do BGB, que na ocasião representavam óbices a estrutura do condomínio em edificação, obstáculos motivados sobretudo por profundo apego romanístico a máxima da *superficie solo cedit*¹³⁰.

Na Suíça, criam-se sociedades imobiliárias (*sociétés immobilières d'actionnaires-locataires*¹³¹) com estrutura de sociedade anônima e regidas pelo direito das obrigações, isto é, sem criar um direito real, embora conferindo aos seus membros o direito exclusivo de alugar uma parte do imóvel social. Posteriormente, em 19 de dezembro de 1963, aprova-se a alteração do Livro Quarto do ZGB com a inclusão dos condomínios especiais em edificação (condomínio *pro-diviso*¹³²).

Em relação ao surgimento de tais estruturas nos sistemas *common law* pode ser citada a experiência dos Estados Unidos da América, onde se tornou comum a criação de condomínios de casas nos quais as áreas comuns são administradas por uma associação de vinculação compulsória. E também é assemelhada a estrutura dos condomínios horizontais aos milhares de cooperativas de apartamentos em Nova York, de modo que os moradores são donos de uma cota dessa cooperativa. Este morador celebra um contrato de leasing.

Especificamente na experiência brasileira a técnica construtiva dos “arranhas céus” oriunda da Europa e EUA impulsionou o mercado da incorporação imobiliária antes mesmo do direito debruçar-se sobre os aspectos técnicos dessa inovadora estrutura, de modo que “o incorporador existiu antes de o direito ter cogitado dele. E viveu bem dizer na rua ou no alto dos edifícios em construção, antes de sentar-se no gabinete dos juristas ou no salão dos julgadores¹³³”.

Foram diversas as formulações elaboradas para explicar a nova realidade: i) servidão; ii) superfície; iii) sociedade entre condôminos. Todavia, percebe-se que as próprias limitações

¹²⁹ LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Condomínio em Edificações. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

¹³⁰ Cria-se no direito alemão duas figuras: i) *Teileigentum*, ou propriedade parcial, ligada a propriedade comum; ii) *Dauerwohnrecht*, o direito de habitação, sendo hereditário a transmissível, excepcionando a regra do § 1093 do BGB.

¹³¹ Destacam-se três estruturas de *sociétés immobilière*: i) *SI* – *Société Anonyme Immobilière Ordinaire* (visando a aquisição, gestão, exploração e venda de imóveis, em geral alugando os imóveis para terceiros); ii) *Sial* – *Sociétés Immobilières d'Actionnaires-Locataires* (visando a criação da figura do locatário-acionista, sem direito real, mas com disciplina societária do direito de usar a área comum e as exclusivas); iii) *Sial* – *PPE* (a sociedade é proprietária de todas as áreas comuns e exclusivas da edificação, sendo a disciplina dos interesses realizada pelo direito obrigacional-contratual).

¹³² Cria-se no condomínio especial em edifício um órgão denominado *communauté formée par les propriétaires d'étage* dotado de autonomia jurídica.

¹³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.192.

impostas pela coexistência entre partes exclusivas e comuns confere contornos de autonomia para a criação socioeconômica, de modo a reconhecer-se a existência de um novo direito real, ou, adotando-se a distribuição topográfica do tema, nova forma proprietária.

Conferiu-se a missão de disciplinar essa nova realidade jurídico-arquitetônica¹³⁴ ao então chefe de gabinete do Ministro da Justiça e Assuntos interiores, Prof. Caio Mario da Silva Pereira, dificuldade redobrada porque as ordenações do período colonial eram omissas em relação a tal estrutura¹³⁵, assim como o esboço de Teixeira de Freitas e o próprio anteprojeto elaborado por Clovis Beviláqua. E então surgiu a Lei 4.591/64.

2.4.1 Subjetividade do condomínio edilício

Sabe-se que a estrutura do condomínio edilício – seu elemento essencial, traço distintivo – compõe-se por espaços que reúnem partes de uso exclusivo com partes de uso comum. Opção diferente, por exemplo, adota sistemas como o Suíço¹³⁶, onde a copropriedade recai sobre toda a edificação, surgindo apenas direito de uso sobre as unidades (*propriété par étages*), semelhantemente ao condomínio geral brasileiro.

Verifica-se a existência de interesses comuns diversificados envolvendo os condôminos que integram o condomínio edilício. Seria o caso de contratar empregados, abrir conta corrente, contratar fornecedores de serviço e produtos, entre outras relações jurídicas indispensáveis para a realização desses interesses.

Discute-se, então, se esse condomínio poderia ser reconhecido como centro de imputação autônomo, dotado de subjetividade¹³⁷, de aptidão para participar de relações

¹³⁴ Caio Mario da Silva Pereira apresentou sua tese “propriedade horizontal” no I Congresso Nacional de Direito, realizado em Fortaleza (4 a 10 de outubro de 1959) em homenagem ao centenário de Clovis Beviláqua. Tal trabalho viria a torna-se obra referencial sobre o tema e assinalaria os primeiros passos do anteprojeto de lei que o autor mais tarde elaboraria.

¹³⁵ Herdou-se apenas o problema, consistente na possibilidade da “casa que dois senhores fosse, a um deles pertencendo o sótão e a outro o sobrado”, como lembra Caio Mário (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.39).

¹³⁶ Art. 712a do ZGB: *A Éléments et objets. I. Éléments. Les parts de copropriété d'un immeuble peuvent être constituées en propriété par étages, de manière que chaque copropriétaire a le droit exclusif d'utiliser et d'aménager intérieurement des parties déterminées d'un bâtiment*”

¹³⁷ O art. 1º, III, da CF, mostra-se responsável pela realização de profunda transformação no direito contemporâneo, ao modificar a base axiológica das diversas categorias jurídicas, funcionalizando-as para realizar as situações jurídicas necessárias ao desenvolvimento da pessoa humana. Parte-se dessa premissa para advertir que a doutrina tradicional conceitua a personalidade jurídica como aptidão para adquirir direitos e contrair deveres (art. 2º do CC). Ensina Gustavo Tepedino que a personalidade pode ser tomada em duas acepções distintas: i) subjetiva, como sujeito de relações jurídicas; ii) objetiva, como ponto de referência dos direitos da personalidade. Tal concepção subjetiva equipara a pessoa humana a jurídica, negando a prioridade axiológica da primeira. Dessa forma, “para evitar semelhante confusão conceitual, a doutrina contemporânea aparta a noção de subjetividade daquela de personalidade, esta expressão da dignidade da pessoa humana e objeto de tutela privilegiada pela ordem constitucional” (TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A Parte Geral do Novo Código Civil:

jurídicas. É uma discussão que costuma opor doutrina e realidade¹³⁸, criando o sempre temido risco de revolta dos fatos contra o interprete, pois o dinamismo social e econômico deste século leva o condomínio edilício a participar intensamente de relações jurídicas.

Tal desafio afigura-se na medida em que a sistemática brasileira, nos passos da alemã, tradicionalmente autoriza que sejam sujeitos de relações jurídicas as pessoas dotadas de personalidade jurídica (*rectius*: subjetividade), ou seja, as pessoas naturais e jurídicas. E as pessoas jurídicas necessitariam de previsão legal para existirem, o que supostamente não ocorre com o condomínio edilício.

Além da ausência de previsão legal, a subjetividade é atribuída a certo conjunto de pessoas (ex. sociedades e associações) ou acervo patrimonial (ex. fundações). No caso do condomínio edilício, se admitir-se a suposta subjetividade, seria atribuída ao patrimônio condominial, tal como nas fundações, ou ao conjunto de condôminos, a exemplo das sociedades e associações? Ou, ainda, poderia ser uma pessoa jurídica *sui generis*?

Formaram-se em doutrina duas linhas doutrinárias de pensamento sobre o tema, com diversas variações de fundamentos, sendo que uma reconhece personalidade jurídica e outra nega.

Na primeira corrente¹³⁹, desfavorável à personificação do condomínio edilício, colhe-se principalmente o argumento de que o rol das pessoas jurídicas é *numerus clausus*, ainda que não seja taxativa a lista do art. 44 do CC, ou seja, a existência de previsão legal é indispensável para a qualificação de pessoa jurídica¹⁴⁰. E, ainda por cima, a personalidade

Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XXVII). É com base nessa lição que empregaremos a expressão subjetividade, e não personalidade jurídica, durante as referências ao condomínio edilício.

¹³⁸ A esse respeito, lembra Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224) que: “a nova lei civil perdeu a oportunidade de dar personalidade jurídica ao condomínio, tão necessária a esse instituto, que dela precisa para poder interagir com maior desenvoltura no mundo jurídico, principalmente no que tange à aquisição de bens imóveis que se possam incorporar ao prédio existente. O condomínio é uma ficção jurídica que existe na órbita do direito. No entender da doutrina é uma quase-pessoa, que infelizmente, pela nova lei civil, vai continuar sem personalidade jurídica”. É o caso de Paulo Nader (NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas, Vol. IV. Rio de Janeiro: 2009, p. 226), Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 373).

¹³⁹ Por todos, confira-se a lição de Caio Mario (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos Reais, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 161): “os titulares dos direitos, que sobre as unidades, quer sobre as partes e coisas comuns, são os condôminos e não uma inexistente ou fictícia pessoa jurídica. O condomínio dito edilício explica-se por si mesmo. É uma modalidade nova de condomínio, resultante da conjugação orgânica e indissolúvel da propriedade exclusiva e da co-propriedade”.

¹⁴⁰ Nesse sentido da obrigatoriedade de previsão legal, ensina Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 186) que “esta individualização necessária só se efetiva se a ordem jurídica atribui personalidade ao grupo, permitido que atue em nome próprio, com capacidade igual à das pessoas naturais”.

jurídica da pessoa jurídica surge pelo registro do seu ato constitutivo (art. 45 do CC), que não se confunde com o registro imobiliário criador do direito real.

Só que essa posição divide-se para explicar a atuação concreta social e econômica do condomínio edilício na vida civil, isto é, se a situação jurídica é titularizada pelo condomínio ou pelos condôminos.

Parte da doutrina¹⁴¹, embora negue a personificação, afirma que o condomínio edilício concretiza um centro de interesses autônomo ao qual se atribui aptidão para participar da vida civil. De outro ângulo, há autores que sustentam tratar-se de situações jurídicas de titularidade dos condôminos, que atuam por meio de representação legal por meio do síndico¹⁴².

Na segunda corrente¹⁴³, favorável a personificação, colhem-se esses principais fundamentos: i) não há vedação legal; ii) há lacuna no ordenamento jurídico em relação a personificação do condomínio edilício (ao contrário da França, que expressamente reconhece personalidade jurídica ao sindicato de coproprietários); iii) o art. 63, § 3º, confere direito de preferência na aquisição de unidades, ou seja, para adquirir o direito de propriedade, insinuando que o sistema reconhece personalidade jurídica, que extrai-se por interpretação sistemática. Há autores, ainda, que reconhecem uma personalidade jurídica autônoma¹⁴⁴ para o condomínio edilício.

¹⁴¹ É o caso de João Batista Lopes (LOPES, João Batista. Condomínio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 54-55): “Em síntese, o só fato de a lei permitir a aquisição de bens pelo condomínio não confere a este os atributos da pessoa jurídica”. Mas afirmando a possibilidade do condomínio edilício atuar a exemplo dos entes formais, ensina que “o espólio, posto que não tenha personalidade jurídica, é representado pelo inventariante, comparece em escritura de alienação e adquire direitos. A massa falida, igualmente, é representada, e lhe é reconhecida a faculdade de cumprir contratos bilaterais de que resulta eventualmente a aquisição de direitos. E tudo se passa sem que jamais se exigisse, num e noutro caso, o reconhecimento de personalidade jurídica à herança ou à massa falida”

¹⁴² São as lições de Milena Donato Oliva (Condomínio e Subjetividade in TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (Org.). Diálogos sobre Direito Civil. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 83 e 84): “o condomínio edilício não constitui pessoa jurídica, não é dotado de subjetividade e tampouco é uma pessoa formal, um ente despersonalizado. Consiste, ao revés, em direito real de propriedade, marcado pela conjugação da propriedade coletiva com a propriedade individual das unidades autônomas. Assim, o condomínio edilício não é um centro autônomo de imputação subjetiva, distinto dos condôminos”. Em conclusão assemelhada, mas sem desenvolvê-la, afirma Marco Aurélio Viana (VIANA, Marco Aurélio S. Comentário ao Novo Código Civil. Dos Direitos Reais. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 484): “se o condomínio figura no polo passivo, fica dispensada a citação de cada um dos condôminos, porque ele lhes tem a representação”. E igualmente as lições de Orlando Gomes, ao dizer que “os interesses comuns dos condôminos reclamam um administrador”. E lembra que “o síndico representa a coletividade, ativa e passivamente. Na qualidade de representante, age em nome alheio”. (GOMES, Orlando. Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 260).

¹⁴³ Por todos, confira-se a obra de Frederico Henrique Viegas de Lima, de cujo conjunto extraem-se os apontados argumentos (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Condomínio em Edificações. São Paulo: Saraiva, 2010).

¹⁴⁴ É o caso de Marco Aurélio Bezerra de Mello, ao ensinar que: “entendemos que dessa forma é possível dar maior funcionalidade à propriedade condominial, cumprindo, portanto, o comando constitucional da funcionalização dos institutos. A afirmação dessa tese permitirá, por exemplo, ao condomínio edilício que figure em escritura pública de compra e venda de imóvel e conseqüentemente registro imobiliário para servir de garagem aos condôminos, mormente em condomínios edilícios mais antigos, que não contam na sua estruturação original com vagas de garagem suficientes para os dias atuais nas cidades. Pensamos tratar-se de uma pessoa jurídica *sui generis*, sem que seja propriamente uma sociedade por realmente faltar a *affectio societatis*.”

Realmente, o art. 44 do Código Civil lista as seguintes pessoas jurídicas de direito privado: i) associações; ii) sociedades; iii) fundações; iv) organizações religiosas; v) partidos políticos); vi) empresas individuais de responsabilidade limitada.

Parece haver dois problemas centrais ao negar-se subjetividade para a pessoa jurídica. O primeiro recai sobre o costume e o corolário princípio da confiança legítima daqueles que negociam com o condomínio edilício acreditando na sua autonomia. O segundo recai sobre o ordenamento jurídico, pois o próprio art. 12 do CPC o legitima para estar em juízo.

De acordo com esse referido art. 12 do CPC: “serão representados em juízo, ativa e passivamente: ...IX – o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico”. E assim torna-se certo que o legislador tratou da capacidade processual e não da “personalidade jurídica” (*rectius*: subjetividade), isto é, da legitimidade *ad processum* ou aptidão para estar em juízo. Tal conceito, de matiz processual, não se confunde com o de *legitimidade ad causam*, relacionado à própria titularidade da relação de direito material afirmada em juízo.

Todavia, se o condomínio pode estar em juízo, ao menos em tese, extrai-se que alguma situação jurídica pode ser por ele titularizada. A menos que se reconheça uma substituição processual, de modo que o direito titularizado pelo condomínio edilício seria dos condôminos. Tal raciocínio esbarraria no obstáculo do art. 6º do Código de Processo Civil, que condiciona o cabimento da substituição processual à previsão legal, ou seja, o condomínio não poderia substituir os condôminos, limitando-se o síndico a representar o condomínio e não os condôminos (art. 12, IX, do CPC).

O efeito prático dessa discussão não é pequeno. Pense-se no empregado do condomínio que causa um dano a alguém. O art. 12 do Código de Processo Civil permite que o próprio condomínio, e não apenas o empregado, figure no polo passivo da ação de responsabilidade civil, ou seja, seja apontado como devedor da afirmada relação de direito material criada pelo ato ilícito do empregado.

O art. 932, III, do Código Civil, estabelece que “o empregador” também é responsável pela reparação civil (solidariamente com o empregado, pelo art. 942, parágrafo único; e respondendo objetivamente, pelo art. 933 do Código Civil) dos danos provocados por seus

(MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas, Vol. V. São Paulo: Atlas, 2015, p. 267). Na mesma linha, colhem-se as posições de Maria Helena Diniz, que refere-se a personificação anômala (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229), e de Arnaldo Rizzardo, ao dizer que “mas não é enquadrado como pessoa jurídica no sentido estrito”. (RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 622). E o Enunciado 90 do CJF afirma que: “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício”, sacrificando-se, com a alteração imprimida pelo Enunciado 246 do CJF, a referência a “nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”.

“empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

E aí abrem-se as seguintes possibilidades de solução: i) para os que negam subjetividade, o condomínio seria parte ilegítima, por não participar da relação obrigacional afirmada em juízo; ii) para os que consideram que o síndico representa os condôminos o condomínio seria legitimado, porém o cumprimento da sentença de procedência recairia proporcionalmente sobre o patrimônio pessoal de cada condomínio; iii) para os que admitem personalidade jurídica, recairia sobre o patrimônio do condomínio a responsabilidade civil.

Embora o tema da subjetividade não seja objeto central deste trabalho, não custa advertir para os riscos da associação necessária entre pessoa e sujeito de direitos. Tal relação decorre da própria estrutura da parte geral, que cuida das pessoas naturais e jurídicas como sujeitos das relações jurídicas.

Essa estrutura, embora útil no passado e importante no presente, mostra-se desatualizada com a complexidade do sistema jurídico contemporâneo. Basta lembrar-se do art. 3º da Lei 8.078/09, que inclui expressamente uma “não pessoa” como “sujeito” da relação jurídica de consumo, ao definir o ente despersonalizado como possível fornecedor de serviços, e assim realizar o comando constitucional da defesa do consumidor (art. 5, inciso XXXII, CF).

Observe-se que “considerar fato e efeito com entidades incomunicáveis, cada uma portadora de uma lógica própria, é a atitude mental típica do formalismo, a qual conduz ao total afastamento do intérprete da realidade, dos êxitos práticos de sua atividade¹⁴⁵”.

Parta-se do substrato de que o condomínio participa de relações jurídicas no Brasil há algumas décadas, o que coincide com seu surgimento na primeira metade do século passado. E o fato concreto é sempre juridicamente relevante, ainda que a norma não lhe atribua efeitos jurídicos, de modo que não existe fato que não receba valoração expressa ou implícita.

Nessa linha nota-se que “fato relevante não é somente aquele produtor de consequências jurídicas bem individualizadas, mas qualquer fato que, enquanto expressão positiva ou negativa (fato lícito) de valores ou princípios presentes no ordenamento, tenha um significado próprio segundo o direito¹⁴⁶”.

O condomínio edilício e sua frequente atuação socioeconômica, assim, precisa ser interpretado e qualificado em conformidade com a legalidade civil constitucional. Não

¹⁴⁵ Nesse sentido Perlingieri (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 657).

¹⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 639.

satisfaz, por mais correta que seja a premissa, afirmar que a ausência de previsão legal impede qualificá-lo como pessoa jurídica.

Dito de outro modo, o condomínio edilício deve ter sua subjetividade reconhecida, independente de qualificá-lo como pessoa jurídica. A propósito, se pessoa jurídica fosse, concorde-se que realmente seria *sui generis*, com estrutura própria a partir da função que desempenha, por não se enquadrar em nenhuma das estruturas de pessoas jurídicas de direito privado previstas pelo art. 44 do CC.

Na realidade, é preciso reconhecer que a personalidade e subjetividade não são, respectivamente, exclusivas das pessoas humanas e jurídicas, embora realmente seja regra a atribuição legal de subjetividade. Raciocínio contrário implicaria desprezo a diversos valores constitucionais, em especial à confiança legítima que decorre da sua atuação cotidiana a diversas décadas, ainda que desprovida de fundamentação suficiente.

E igualmente negaria o costume como fonte do direito em caso de lacuna, como neste caso, em que o ordenamento jurídico não reconhece subjetividade expressamente ao condomínio edilício, mas tampouco veda sua participação na vida social e econômica. Inclusive, no caso de condomínios edilícios empresariais, realizam-se o caríssimo valor da livre iniciativa privada (art. 1º, IV) e do trabalho (art. 7), a justificar o reconhecimento como centro de imputação de direitos e deveres.

Sabe-se que diversas teorias disputam o fundamento para a força obrigatória do costume¹⁴⁷. Dois são os requisitos para sua obrigatoriedade: i) uso prolongado; ii) *opinio necessitatis*;

Verifica-se, a partir da lacuna legal sobre a existência, ou não, de subjetividade para o condomínio edilício, que há décadas o condomínio compra, vende, aluga, abre conta corrente e mostra-se presente em diversas outras situações jurídicas subjetivas.

Por outro lado, em relação ao requisito subjetivo ou interno da *opinio necessitatis*, interno, não resta dúvida sobre a existência de incontroversa convicção de que a observância da prática corresponde a uma necessidade jurídica. Basta pensar em condomínio composto por centenas de unidades, o que exigiria, negada sua subjetividade, a necessidade de assinatura de procuração por cada condomínio visando a simples contratação de um advogado.

Se admitir-se a exteriorização do costume por meio de decisões judiciais como requisito, ainda assim estará verificada a fonte normativa, bastando pensar nas hipóteses em

¹⁴⁷ Sobre as diversas teorias, recomenda-se a leitura de Miguel Maria de Serpa Lopes (Lopes, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 85).

que débitos do condomínio civis e tributários geram a penhora de elevadores e da própria construção.

Em suma, parece-nos que o condomínio não é pessoa jurídica porque o legislador não o incluiu no rol das pessoas jurídicas de direito privado (art. 44 do Código Civil) ou em qualquer outra lei. Não seduz o argumento que se baseia no art. 63, § 3º, da Lei 4.591/64, ao referir-se a direito de “preferência” do condomínio. Primeiro, porque o direito ali referido pode ser dos condôminos, sendo simples falta de técnica legislativa a referência ao condomínio. Segundo, porque esse dispositivo pode ser lido como o reconhecimento de que o condomínio é um centro de imputação de interesses, ainda que desprovido de personalidade jurídica.

Apesar de não ser pessoa jurídica, deve ser reconhecida subjetividade ao condomínio edilício, de modo a autorizar que participe ativa e passivamente de relações jurídicas como titular de situações subjetivas. A associação obrigatória entre subjetividade e pessoa jurídica deve ser desprezada, especialmente quando realizar o valor da solidariedade constitucional.

Historicamente, a adoção de hábitos reiterados o transforma em regra de comportamento. Com o tempo, o direito o consolida normativamente, direta ou supletivamente. Eis a importância do art. 4º da LINDB (Decreto-Lei 4.657/42). A atuação do condomínio edilício é costume mais do que reiterado nas práticas civis e empresariais. Este artigo, interpretado a partir da legalidade civil constitucional, permitirá obter norma jurídica reverenciosa com o valor da estabilidade das relações sociais que compõe o princípio da segurança jurídica (art. 5º, CF) realizando, além do mais, o valor da solidariedade ao tutelar as situações legítimas de confiança e ao atender a um fim útil para a sociedade.

2.4.2 Procedimento de criação do condomínio edilício

A criação do condomínio edilício é um fato jurídico complexo. O Código Civil divide o processo em duas fases: i) instituição (art. 1332 do CC); ii) constituição (art. 1333 do CC). Para a diferenciação dessas duas categorias será preciso confrontar a sistemática do CC com a Lei 4.591/64.

Em virtude da controvérsia sobre a revogação desta lei pelo CC, adianta-se nossa posição favorável à vigência de alguns artigos da Lei 4.591/64, especificamente na parte relativa ao condomínio edilício. Sem a pretensão de aprofundar a discussão, basta dizer que a Lei 4.591/64 está em vigor e parece não ter sido ab-rogada pelo Código Civil, embora tenha sido parcialmente derogada.

Primeiro, porque a parte relativa à incorporação (art. 28 ao art. 66) não foi objeto de regramento e assim permanece em vigor. Segundo, porque a parte relativa ao condomínio edilício (art. 1º ao 27) não foi revogada expressamente pelo Código Civil. Terceiro, porque a revogação tácita exigiria regramento inteiro do tema pela lei posterior ou incompatibilidade com a anterior (art. 2º, § 1º¹⁴⁸, do Decreto-Lei 4657/42). E parte do conteúdo da Lei 4.591/64 simplesmente não foi objeto de disciplina pelo Código Civil¹⁴⁹. O exame de compatibilidade, portanto, deve ser feito sobre cada artigo individualmente.

Instituição (art. 1332 do CC) e constituição (art. 1333 do CC) são categorias com funções bastante diferentes¹⁵⁰, embora tal assertiva não reflita a posição unânime da manualística, que pode ser dividida em três grupos: i) autores que tratam as expressões como sinônimo¹⁵¹; ii) autores que acusam uma distinção legal¹⁵², porém sem definir os contornos

¹⁴⁸ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela *incompatível* ou quando *regule inteiramente a matéria* de que tratava a lei anterior.

¹⁴⁹ É o caso do art. 24, § 4º, da Lei 4.591/64: “Art. 24. Haverá, anualmente, uma assembleia geral ordinária dos condôminos, convocada pelo síndico na forma prevista na Convenção, à qual compete, além das demais matérias inscritas na ordem do dia, aprovar, por maioria dos presentes, as verbas para as despesas de condomínio, compreendendo as de conservação da edificação ou conjunto de edificações, manutenção de seus serviços e correlatas.

...

§ 4º Nas decisões da assembleia que envolvam despesas ordinárias do condomínio, o locatário poderá votar, caso o condômino locador a ela não compareça.

¹⁵⁰ Paulo Nader oferece a seguinte distinção: “instituir é criar, enquanto constituir é estabelecer a estrutura de algo já existente”. Como lembra o autor, o legislador no art. 1336, § 2º, do CC se referiu a multa prevista no “ato constitutivo” ou na convenção”, equiparando, nos passos da doutrina majoritária e contrariamente a distinção que apresentou nos arts. 1332 e 1333, instituição e constituição do condomínio (NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas, Vol. IV. Rio de Janeiro: 2009, p. 232). Nessa linha é a opinião de Nelson Rosenvald e de Cristiano Chaves de Farias: “a instituição é ato preliminar, pelo qual nasce o condomínio, ao passo que a convenção e o regimento interno são atos que supõem um condomínio já existente, mas disciplinam sua existência e regular funcionamento” (FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 515).

¹⁵¹ É o caso de Arnaldo Rizzardo. No item 23.5. (o capítulo XXIII aborda o condômino edilício) ele trata as expressões “instituição” e “constituição” como equivalentes (art. 1332 do CC), inclusive denominando como “constituição do condomínio horizontal ou edifício” o item onde aborda a instituição (RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 626). Em idêntico sentido, tratando as expressões como equivalentes: Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 256), Serpa Lopes (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960, p. 344); Marco Aurélio S. Viana (VIANA, Marco Aurélio S. Comentário ao Novo Código Civil. Dos Direitos Reais. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 403), Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos Reais, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 163 e PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 87), Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227), Marco Aurélio Bezerra de Melo (MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas, Vol. V. São Paulo: Atlas, 2015, p. 237), Arnold Wald (WALD, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 140) e Flavio Tartuce (TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das Coisas. Vol. IV. São Paulo: Gen. 2015. p. 279).

¹⁵² É o caso de Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 374), Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230), Roberto Senise Lisboa (LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Direitos Reais e Direitos Intelectuais. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 327),

distintivos e a função que justifica a diferenciação; iii) autores que utilizam a expressão constituição como gênero¹⁵³.

Mostra-se à instituição ato jurídico que possibilita a criação do condomínio edilício, o ato que lhe confere existência – jurídica, pois fisicamente o imóvel pode não ter começado a ser construído ou já ter sido construído – em conformidade com o ordenamento jurídico. O condomínio edilício passa a existir inclusive para fim registral, tenha ou não sido realizada a construção. Se realizada, o habite-se da construção é averbado na matrícula do imóvel.

A constituição do condomínio, através da aprovação da convenção de condomínio, possibilita a aplicação da normativa do Código Civil para regular a coexistência entre os condôminos. Diferente da instituição, ligada à existência do condomínio edilício, a função da constituição é possibilitar a aplicação das regras condominiais que criam deveres, direitos e disciplinam o funcionamento do condomínio.

2.4.2.1 Instituição do condomínio edilício

O art. 7º¹⁵⁴ da Lei 4.591/64 regulava a instituição do condomínio edilício. Esse dispositivo está revogado pelo art. 1332 do CC, embora as exigências atuais para a instituição sejam semelhantes às antigas: i) manifestação de vontade por ato inter vivos ou testamento; ii) registro imobiliário¹⁵⁵; iii) discriminação e individualização das unidades (a lei revogada incluía a identificação); iv) fim da unidade (a lei revogada não previa).

A instituição do condomínio edilício, por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, pode ocorrer por diversas formas que podem ser agrupadas do seguinte modo:

Gustavo Tepedino e outros (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena & MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 684).

¹⁵³ É o caso de Silvio Rodrigues, que divide a constituição do condomínio edilício em três atos: a) instituição ou instalação; b) convenção de condomínio; c) regimento interno ou regulamento (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das Coisas. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 213).

¹⁵⁴ Art. 7º O condomínio por unidades autônomas instituir-se-á por *ato entre vivos ou por testamento*, com *inscrição* obrigatória no Registro de Imóvel, dele constando; a *individualização* de cada unidade, sua *identificação* e *discriminação*, bem como a *fração ideal* sobre o terreno e partes comuns, atribuída a cada unidade, dispensando-se a descrição interna da unidade.

¹⁵⁵ Na experiência do Rio de Janeiro, o art. 664 da Consolidação Normativa da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado (Parte Extrajudicial) prevê a exigência do registro não apenas da instituição, mas igualmente da constituição do condomínio: “será feito o registro da instituição do condomínio edilício, nos termos definidos no Código Civil (art. 1.332), exigindo-se, também, o registro da convenção de condomínio (art. 1.333 do Código Civil).

a) Vários proprietários - ou mesmo um único - desejam construir em seu *próprio terreno pelo regime do condomínio edilício.*

É hipótese comum, já que possibilita a contratação de um construtor e a realização da obra pelo preço de custo. Várias pessoas - ou uma única - já são proprietárias de um terreno, adquirido por um modo aquisitivo em geral (compra e venda, doação, permuta, dação em pagamento, adjudicação compulsória, usucapião) e desejam construir pelo regime do condomínio edilício.

Os proprietários não desejam alienar durante a obra (destina-se a moradia, empréstimo, troca, locação, doação ou outro fim qualquer), descaracterizando a atividade de incorporação imobiliária. Não se confunde, portanto, com a hipótese o art. 58 da Lei 4.591/64, embora seja semelhante, com a diferença de que não se destina a alienação de unidade antes da conclusão da construção, o que afasta as rigorosas exigências da Lei 4.591/64.

Se for um único proprietário, basta cumprir as exigências do art. 1332 do CC. Havendo diversos, o condomínio existente entre eles deve ser extinto antes, de modo que o consentimento deverá ser buscado por unanimidade, já que interfere na própria existência da estrutura proprietária de cada condômino. Se não houver unanimidade no propósito, a extinção do condomínio deverá ser judicial.

Existe um condomínio geral voluntário entre os proprietários. O art. 1320 do CC autoriza sua extinção. Por escritura pública, por ser modificação do direito real de propriedade – desde que o valor ultrapasse 30 s.m., de acordo com o art. 108 do CC - os condôminos deverão extinguir o condomínio voluntário, pois os regimes condominiais são excludentes. E através de ato contínuo, inclusive utilizando o próprio instrumento, podem realizar a instituição do condomínio¹⁵⁶ e a individualização das unidades (art. 1332 do CC).

¹⁵⁶ Para a hipótese de haver condomínio geral voluntário em relação ao terreno e os condôminos desejarem realizar uma construção no regime do condomínio edilício, a Consolidação Normativa da Corregedoria do TJ/RJ prevê no art. 674 que “havendo condomínio geral, previsto no art. 1.314 do Código Civil, e pretendendo os proprietários ou titulares de direito e ação sobre o imóvel, erigir edificação composta de mais de uma unidade e *submetê-la ao condomínio especial ou edilício* previsto no art. 1.332 do mesmo Código, deverá o Oficial exigir a apresentação de *instrumento público de Extinção de Condomínio* e a subsequente *Instituição de Condomínio Edilício*, com a atribuição de propriedade sobre as unidades autônomas, verificando-se se há incidência tributária, procedendo-se ao registro de tais atos, nos termos do artigo 167, inciso I, itens 17 e 23, da Lei nº. 6.015/73.

§ 1º. A atribuição de propriedade para cada condômino deverá ser formalizada por instrumento público ou particular, obedecidos os limites do art. 108 do Código Civil, sendo a divisão ou atribuição registrada nos termos do art. 167, inciso I, item 23, da Lei nº. 6.015/73, cabendo um registro para cada unidade, nos termos do art. 176, § 1º, inciso I, da referida lei.

b) Várias - ou uma única pessoa - desejam *adquirir um terreno para construir ou adquirem terreno já edificado sem o regime do condomínio edilício*

Nesse caso, o próprio ato aquisitivo – a compra e venda, por exemplo – pode estabelecer a instituição do condomínio edilício. A propriedade de bens imóveis no Brasil é constituída, em razão de negócio *inter vivos*, após o registro imobiliário do título aquisitivo (art. 1227 do CC).

Se for apenas um o adquirente, basta instituir o condomínio edilício no mesmo ato. Caso seja mais de um, também será desnecessária a extinção de condomínio voluntário. A propriedade que nasce a partir do registro já será a condominial edilícia, isto é, o ato jurídico civil é de aquisição em condomínio com eleição do modelo condominial, como autoriza a legislação (art. 1331 e 1332 do CC). Respeita-se assim a autonomia privada dos adquirentes em relação ao conteúdo da copropriedade, de modo a evitar que o registro caracterize um condomínio geral voluntário, exigindo-se um ato de extinção posterior, para só então ser realizada a instituição do condomínio.

Se o imóvel já estiver edificado, da mesma forma pode o ato de aquisição estabelecer a instituição. Por exemplo, realizar uma compra e venda de terreno com edificação averbada, e no mesmo ato instituir o condomínio edilício, pouco importando se o adquirente-instituidor será apenas um – uma pessoa jurídica que adquire edifício para instalar sua sede - ou se serão diversos adquirentes.

A hipótese também poderia ser ilustrada pela doação que um pai faz e é aceita pelos seus filhos, instituindo conjuntamente o condomínio edilício no próprio ato de doação, com o objetivo de possibilitar a alienação das unidades individualmente consideradas, potencializando o valor econômico da propriedade.

c) Instituição através da atividade de incorporação imobiliária¹⁵⁷

A principal função da incorporação imobiliária é possibilitar a alienação de unidades antes de começar a construir ou durante a construção. Isso possibilita o incorporador obter

¹⁵⁷ O art. 28, parágrafo único, da Lei 4.591/64 define incorporação imobiliária como “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”. Por sua vez, incorporador imobiliário (art. 29 da mesma lei) é “a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

capital de terceiro e o dispensa de obrigatoriamente alocar recursos total ou parcialmente próprios.

Trata-se de atividade complexa, onde diversas situações jurídicas – não apenas contratuais, mas ônus, faculdades e outras - são coligadas funcionalmente para viabilizar o escopo da incorporação, a entrega da unidade, fim último da operação econômica. Ao contrário do que alguns civilistas¹⁵⁸ sustentam, não parece existir um único contrato de incorporação, mas uma coligação de contratos voluntária e funcional.

Nesse caso o incorporador realiza a instituição – os requisitos do art. 1332 do CC estão previstos nos incisos do art. 32 da Lei 4.591/64, dispensando um ato próprio, expresso e formal de instituição se for realizada a incorporação – como exigência para poder alienar as unidades. O art. 29 da lei faz referência expressa ao regime condominial, cuja instituição esta prevista no art. 1332 do CC. Além dos requisitos daquele art. 32, também devem ser cumpridas as exigências das Corregedorias Estaduais¹⁵⁹ dos Tribunais de Justiça.

São três as espécies de incorporação imobiliária, correspondente as três formas que o contrato de construção – um dos negócios que formam a coligação funcional – poderá adotar: i) construção por empreitada, que se subdivide em: i.i) preço de custo; i.ii) preço reajustável; ii) construção por administração (preço de custo); c) incorporação direta.

d) Constituição por testamento

O proprietário de uma construção composta por espaços destinados à utilização exclusiva, embora sem adotar o regime condominial, elabora um testamento - negócio jurídico unilateral – e manifesta a vontade de estabelecer a instituição do condomínio edilício, após sua morte, cumprindo-se as exigências do art. 1332 do CC.

¹⁵⁸ Por todos, Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos Reais, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 286) .

¹⁵⁹ No caso do Rio de Janeiro, uma das exigências é um requerimento expresso e formal, como prevê o art. 651, inciso I, da Consolidação Normativa Extrajudicial do TJ/RJ: “memorial e requerimento em que constem a qualificação completa do incorporador e do proprietário, solicitando o registro da incorporação imobiliária, bem como a descrição do imóvel conforme consta do Registro Imobiliário, indicando sua origem; a caracterização do prédio, descrevendo o imóvel em linhas gerais; a caracterização das unidades autônomas (descrição unitária), e a indicação das áreas de uso comum, observando-se o seguinte: a) se os cônjuges forem os incorporadores do empreendimento, ambos deverão assinar o requerimento; caso o incorporador seja apenas um deles, somente este assinará o requerimento, mas, neste caso, deverá apresentar o instrumento de mandato referido no art. 31, § 1º, c/c o art. 32, ambos da Lei nº. 4.591/64, outorgado pelo outro cônjuge. Igual exigência deverá ser observada em relação aos alienantes do terreno, se não forem, ao mesmo tempo, incorporadores, e b) se pessoa jurídica, o requerimento deverá estar instruído com o contrato social (ou cópia reprográfica autenticada) devidamente registrado (Junta Comercial, Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou outro órgão competente), juntamente com certidão atualizada dos atos constitutivos, devendo este fato estar devidamente comprovado. Pelo ato constitutivo, se verificará a capacidade do(s) firmatário(s) do requerimento.

Nesse caso, não é necessária a manifestação de vontade dos sucessores. O desejo do testador, que só produziu efeitos depois da sua morte, foi criar um regime condominial edilício. Essa manifestação de vontade será levada ao registro imobiliário para produzir o efeito institutivo da propriedade condominial. Mesmo que seja um único o herdeiro.

2.4.2.2 Constituição do condomínio edilício

A constituição do condomínio ocorre com a aprovação da convenção de condomínio (art. 1333 do CC), observada a necessidade de ser subscrita “pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais”. Sendo aprovada pelo quórum mínimo exigido, “torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direitos sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção”.

Dessa forma, “na vida da propriedade horizontal não basta o ato de sua criação.”¹⁶⁰ A criação ocorre pela instituição do condomínio, com a qual ele passa a existir juridicamente. Mostra-se necessário, igualmente, que essa simbiose entre partes exclusivas e partes comuns seja regulamentada na perspectiva da convivência no mesmo espaço dos mais variados interesses existenciais e patrimoniais, exercidos pelas mais diferentes pessoas. Afinal, são “pessoas com graus vários de educação e civilidade, concepção de vida, gostos e temperamentos diferentes, além de uma vizinhança muito próxima. Por isso ficamos diante de uma área de respeitável turbulência¹⁶¹”.

A legislação, com sabedoria, possibilitou a criação de um ato jurídico que atribuiu aos próprios condôminos a autoria na hora de formular as regras de convivência, o conteúdo de interesses que “houverem por bem estipular”, na redação do art. 1334 do CC¹⁶².

Neste artigo também estabeleceu uma pauta mínima que deve constar no conteúdo convencional, além de fixar algumas regras com as quais a convenção precisa conformar-se. Essa iniciativa antecipa que o principal desafio em relação à convenção não é de forma ou conteúdo, e sim de limites e critérios para que o exercício da autonomia privada possa merecer tutela pelo ordenamento jurídico.

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 93.

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.409.

¹⁶² “art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados *houverem por bem estipular*, a convenção determinará: I - a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio; II - sua forma de administração; III - a competência das assembleias, forma de sua convocação e quórum exigido para as deliberações; IV - as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores; V - o regimento interno.

A qualificação da convenção de condomínio é assunto polêmico entre os doutrinadores. As posições – além dos autores que não se posicionam expressamente sobre o problema ao comentar o art. 1333 do CC¹⁶³ - podem ser sintetizadas pelas seguintes linhas de pensamento: i) contrato¹⁶⁴; ii) ato regra.¹⁶⁵

Para a posição contratualista, a convenção é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que concede um amplo espaço de autonomia para regulamentar os efeitos desejados pelos seus agentes, desde que sejam autorizados pelo ordenamento jurídico. O negócio bilateral, desse modo, seria reduzido à categoria do contrato.

Para a posição que considera um ato-regra, os atos jurídicos se expressariam através de quatro modos: i) ato-regra (e o subsequente ato constitutivo de um direito estatutário, institucional ou corporativo que dele emana); ii) ato subjetivo; iii) ato-condição; iv) ato jurisdicional. E a convenção se enquadraria no primeiro, por ser “manifestação de vontade dotada de força obrigatória e apta a pautar um comportamento individual. No primeiro plano do ato regra está a lei, como expressão volitiva do grupo social”.

A posição dominante tem repetido a definição da convenção como ato regra, sem se preocupar em definir estrutural e funcionalmente os contornos da própria categoria de tal ato regra do qual ela seria expressão. Torna-se mais útil, ao invés de simplesmente criar um título, traçar os seus elementos estruturais e funcionais.

Destaca-se na elaboração da convenção de condomínio, como fato jurídico, a natureza de ato jurídico negocial. Essa estrutura decorre da autonomia privada expressamente

¹⁶³ Ver VIANA, Marco Aurélio S. Comentário ao Novo Código Civil. Dos Direitos Reais. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 408 e WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 141.

¹⁶⁴ É a posição firme de Serpa Lopes: “Indubitavelmente estamos diante de uma relação contratual” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960). No mesmo sentido, Orlando Gomes (GOMES, Orlando. Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 260); Arnaldo Rizzardo (RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 630).

¹⁶⁵ Caio Mario da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 99); Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena & MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 685); Joao Batista Lopes (LOPES, João Batista. Condomínio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 69) Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 376); Rodrigo Azevedo Toscano de Brito (BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Incorporação imobiliária à luz do CDC. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 169); Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 232); Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 517). Nesse sentido também é a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (Resp 1169865/DF – 4ª Turma – Rel. Ministro Luis Felipe Salomao – Julgado em 13/08/2013): “2. Com efeito, para propiciar a vida em comum, cabe aos condôminos observar as disposições contidas na *convenção de condomínio, que tem clara natureza estatutária*”.

conferida pelo art. 1334 do CC para prever o que os “interessados houverem por bem incluir”, após estabelecer uma pauta mínima para ser observada durante a elaboração.

Esse negócio jurídico, todavia, precisa respeitar os limites impostos pela legalidade civil constitucional. O negócio jurídico é tradicionalmente visualizado por três perspectivas: i) *definição pela gênese*, em perspectiva voluntarista, onde sobressai a vontade como elemento nuclear do negócio jurídico. Os efeitos jurídicos seriam o efeito da vontade¹⁶⁶; ii) *definição objetiva*, acirrada pelo debate dos partidários da vontade real vs. declarada para o caso de colisão entre elas. A teoria preceptiva, de matiz positivista, enxerga o negócio como um comando concreto ao qual o ordenamento reconhece eficácia vinculante; iii) *estrutural*, pela qual o negócio jurídico é “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, os requisitos de validade e eficácia impostos pela ordem jurídica que sobre ele incide¹⁶⁷”.

Nenhuma dessas três teorias mostra-se suficiente. Não há dúvida de que a vontade constitui elemento do negócio jurídico, como destacam as teorias voluntaristas. É uma expressão da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa, conforme o interesse concretamente protegido. Acontece que a convenção de condomínio – como os negócios jurídicos em geral – precisa receber tutela do ordenamento a partir da justificativa que sustenta o seu conteúdo, de modo que a liberdade para criar, isoladamente, não assegura a validade da elaboração e a eficácia do seu conteúdo.

Tampouco é possível afirmar que a convenção é um preceito que deve ser observado, sabido que a vontade é inapta para isoladamente produzir normas jurídicas. E, por fim, não satisfaz uma investigação puramente estrutural do negócio jurídico, uma vez que a função que desempenha precisa ser investigada durante o processo de interpretação e qualificação.

A convenção de condomínio desempenha funções variadas, proporcionando estruturas diversificadas. Definir o que é, estruturalmente, depende da indicação de seu escopo, funcionalmente. Nos edifícios residenciais pequenos, basicamente regula aspectos simples de convivência do dia a dia. Nos mega condomínios que formam complexos multiuso, a

¹⁶⁶ Antonio Junqueira de Azevedo entende que a vontade não é elemento necessário para a existência do negócio jurídico e sim para a sua validade e eficácia (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 9). Para tanto, formula o exemplo da conversão substancial ou material prevista no art. 170 do CC, de modo que um negócio (convertido e válido) poderia surgir apesar de inexistir uma manifestação de vontade. Também exemplifica com o ato jurídico em sentido estrito, cogitando a possibilidade do agente desejar exatamente o efeito jurídico previsto em lei, hipótese em que a coincidência não será apta para retirar da legislação a autoria da eficácia normativa.

¹⁶⁷ É a posição adotada por Antonio Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16).

convenção desempenha papel indispensável para o próprio sucesso da operação econômica desenvolvida.

E a cada ano a convenção assume papéis mais desafiadores. Alguns condomínios têm sido constituídos com edificações variadas. Suponha-se um condomínio - médio para grande - com dois edifícios, sendo um bloco residencial e outro comercial. A autonomia privada tem inspirado os incorporadores a criar, com fim administrativo e organizacional, um “condomínio geral” e dois “sub-condomínios” entre as duas construções.

A justificativa é legítima. Afinal de contas, os interesses desenvolvidos são diferentes em cada edifício. No residencial, desenvolvem-se personalidades humanas e materializa-se o direito social a moradia. No comercial, desenvolve-se a atividade econômica, justificada constitucionalmente pela livre iniciativa.

A estrutura do condomínio edilício, na perspectiva da sua instituição - propriedade, direito real – não admitiria essa subdivisão da copropriedade em sub copropriedades, subcondomínios reunidos para formar um grande condomínio geral. Existe um único condomínio edilício, formado por duas construções, compondo a copropriedade edilícia. Não é assim que o incorporador enxerga o fenômeno.

Na perspectiva da constituição – que é negocial, convencional, e não real – do condomínio edilício a autonomia privada autoriza essa customização e atua como instrumento para realização dos interesses legítimos desejados. O problema, todavia, é de limites, uma vez que a convenção precisa adequar-se ao sistema jurídico. No último capítulo esse tema será retomado.

2.4.2.3 Destinatários da convenção condominial e a função do registro

É certo que a convenção de condomínio, examinada pela perspectiva do fato jurídico, deve ser qualificada como ato jurídico. E não se trata de manifestação de vontade qualquer, mas declaração qualificada, com estrutura e função negocial, que busca a disciplina de específicos e desejados efeitos, como consequência do exercício da autonomia privada, desde que observados os limites da legalidade civil-constitucional.

Este negócio pode ser unilateral, bilateral ou plurilateral, conforme a convenção seja aprovada por uma¹⁶⁸, duas ou mais pessoas, a revelar que nem sempre o negócio jurídico plurilateral possui estrutura contratual. Verifica-se que a convenção de condomínio reúne os

¹⁶⁸ Enunciado 504 do CJF.

elementos essenciais de todo negócio jurídico, acrescentando-se ainda elementos bastante específicos, como é o caso da oponibilidade *erga omnes* em relação aos ocupantes das unidades.

Tal negócio jurídico busca disciplinar as áreas exclusivas (ex. salas comerciais, lojas e apartamentos) e comuns (ex. *hall* e elevadores). De modo a aplicar-se não apenas aos possuidores e detentores das unidades, mas igualmente a qualquer possuidor ou detentor que se localize nas áreas comuns, assim como a adquirentes futuros das unidades, sobretudo porque o conteúdo da convenção condominial passa a moldar o conteúdo do direito real condominial edilício após o registro daquele ato negocial constitutivo.

No que tange ao destinatário das disposições da convenção, estabelece o art. 1.333 do Código Civil que a convenção “deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, *obrigatória* para os *titulares de direito* sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham *posse* ou *detenção*”.

Por sua vez, o parágrafo único estabelece que “para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no cartório de registro de imóveis.”

O *caput* aponta os seguintes destinatários da convenção de condomínio: i) titulares de direito sobre unidades; ii) pessoas que exercerem posse ou detenção da unidade.

Correu-se o risco da tautologia. A referência a titulares de direito é ampla, podendo incluir direitos reais (ex. proprietários, promitentes compradores, cessionários de promessas e usufrutuários) e obrigacionais (ex. locatários e comodatários). Em geral, esses titulares de direitos reais e obrigacionais exercerão a posse das unidades (segunda parte do artigo), ou seja, tais “possuidores” (proprietários, promitentes compradores e locatários), referidos pela segunda parte do artigo, já estariam incluídos na primeira parte, por serem “titulares de direito sobre as unidades”.

Pense-se no locatário de imóvel. Ele é um titular de direito obrigacional (locação) e por consequência titular do direito a posse direta do imóvel. De modo que a primeira parte do *caput* art. 1.333 do CC esvaziaria a segunda, admitindo-se que os titulares de direito sobre a unidade, via de regra, exercem posse, ainda que indireta, como é caso do locador que seja proprietário.

Assim, com a amplitude das expressões “titulares de direito” e “possuidores e detentores”, o principal desafio torna-se o parágrafo único, ou seja, quem seriam os terceiros ali referidos se os titulares de direitos as unidades não precisam ser necessariamente proprietários, promitentes compradores e cessionários de promessas, ou seja, qual seria a eficácia do parágrafo único?

Impõe-se examinar o artigo em contexto histórico para melhor compreendê-lo. Na Lei 4.591/64, o § 2º do art. 9º dizia: “considera-se aprovada, e obrigatória para os proprietários de unidades, promitentes compradores, cessionários e promitentes cessionários, atuais e futuros, como para qualquer *ocupante*, a Convenção que reúna as assinaturas de titulares de direitos que representem, no mínimo, 2/3 das frações ideais que compõem o condomínio”.

O referido § 2º do art. 9º aludia a “ocupante” e não a “possuidor ou detentor” como faz o Código Civil. E por isso, sob a vigência da Lei 4.591/64, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 260, dizendo que: “a convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos”.

Destacam-se dois casos nos precedentes: i) obrigatoriedade do pagamento da contribuição para o condomínio no caso da convenção não ter sido registrada¹⁶⁹; ii) obrigatoriedade do locatário respeitar a convenção não registrada, por ser ocupante simples¹⁷⁰.

Observa-se que esta ampliação do art. 1.333 do CC, ao ser confrontado com o § 2º do art. 9º da Lei 4.591/64 – refere-se a possuidor e detentor e não somente a ocupante – retiraria a eficácia do parágrafo único e especialmente a importância do registro, ou seja, locatários, adquirentes, visitantes, empregados, entregadores e todas as demais pessoas que circulam pelas áreas comuns já estariam potencialmente inseridas no *caput*, por serem possuidoras ou simples detentoras, de modo que a convenção tornar-se-ia, “desde logo, obrigatória” para todos esses destinatários quando aprovada pelo quórum mínimo de 2/3”, ainda que não fosse registrada.

Lembre-se que a Súmula 260 do STJ foi editada para esclarecer a expressão “ocupante” prevista no § 2º do art. 9º da Lei 4.591/64, correção esta realizada pelo CC ao aludir amplamente a possuidor e detentor. O conceito de “condômino” utilizado pelo verbete referia-se também a “não proprietários” “ocupantes”, admitindo-se a premissa de que os precedentes discutem a obrigatoriedade da convenção para os locatários.

Por exemplo, o condômino que recebe um convidado para jantar ou um cliente, conforme seja residencial ou empresarial o condomínio, pode torná-lo potencial detentor da unidade e respectiva área comum, que é inseparável da unidade de acordo o art. 1339 do CC.

¹⁶⁹ REsp 270232/SP: CIVIL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA. DÉBITOS EM ATRASO. CONVENÇÃO NÃO REGISTRADA. OBRIGATORIEDADE PARA OS CONDÔMINOS. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO MANIFESTAMENTE INFUNDADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. CPC, ARTS. 17/18. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - A convenção de condomínio não registrada tem validade para regular as relações entre as partes, não podendo o condômino, por esse fundamento, recusar-se ao seu cumprimento.

¹⁷⁰ REsp 36.815-4/SP: Civil. CONDOMÍNIO. CONVENÇÃO. FALTA DE REGISTRO. Regularmente aprovada, a convenção de condomínio é de observância obrigatória, não só para os condôminos como para qualquer ocupante da unidade, como prevê expressamente o § 2º do art. 9º da Lei 4.591/64. A falta de registro não desobriga o locatário de respeitar suas disposições. Recurso não conhecido.”

Conclui-se, assim, que o *caput* refere-se à eficácia da convenção em relação aos ocupantes das unidades, pouco interessando se tal ocupação decorre da posse (por relação real ou obrigacional) ou detenção (especialmente a detenção própria ou dependente, como seria o caso de empregados que trabalham nas salas, lojas e apartamentos que formam o condomínio edilício). Seria o caso de visita pernoitar a convite de convidado, hipótese qualificável como detenção por decorrer a ocupação de mera permissão (art. 1208 do CC).

De modo que a eficácia da convenção em relação a terceiros que não participaram da formação do negócio jurídico, mas que venham a exercer posse ou detenção sobre a unidade, decorre de opção legislativa, concretizada pelo art. 1333, *caput*.

Esse dispositivo esvazia significativamente o parágrafo único, pois a eficácia da convenção de condomínio em relação aos titulares de direito sobre as unidades não dependerá do registro. Basta pensar que salas, lojas e apartamentos residenciais em geral são ocupados por proprietários, promitentes compradores, locatários, usufrutuários e comodatários. E que posterior celebração de contrato transferindo essas qualidades para terceiros irá torná-los “possuidores” e “titulares de direito sobre a unidade”, ficando, assim, sujeitos à disciplina da convenção condominial.

Tal explicação justifica-se ao pensar que o condomínio edilício existe desde a sua instituição, isto é, o direito real condominial edilício, oponível *erga omnes*, já tornou-se realidade desde o ato de instituição, embora a constituição dependesse da aprovação da convenção de condomínio.

2.4.2.4 Critérios para a verificação de merecimento de tutela da convenção de condomínio

Os acontecimentos da vida condominial podem e são disciplinados pela convenção de condomínio e pelas deliberações das assembleias em diversos aspectos, tal como autorizam, respectivamente, os artigos 1334 e 1352 do CC. Parte-se da premissa de que são negócios jurídicos cujo conteúdo merecerá tutela pelo ordenamento quando respeitada a legalidade civil-constitucional.

Algumas premissas metodológicas podem ser fixadas para a solução dos conflitos condominiais por meio de convenções e assembleias: a) as regras da convenção de condomínio e assembleias são expressões da autonomia privada tal como permitido pelo ordenamento, havendo uma presunção relativa de legitimidade para respeitar a estabilidade das relações jurídicas, de modo que caberá a parte interessada na impugnação afastá-la em juízo; b) a disciplina que restrinja a faculdade de usar as áreas exclusivas precisam ser

justificadas; c) as regras da convenção e as deliberações das assembleias precisam ser interpretadas como os negócios jurídicos em geral, isto é, ter o seu sentido e alcance revelados, observadas as regras hermenêuticas como os artigos 112 e 113 do CC; d) sempre a partir do caso concreto, cabe a administração do condomínio verificar o sentido e o alcance da regra estabelecida, individuando a natureza existencial ou patrimonial do interesse e ponderando-os quando necessário.

Efetivamente, a Constituição da República, o Código Civil e diversas leis extravagantes impõem limites para a criação do conteúdo proprietário, de modo que cláusulas da convenção de condomínio e deliberações das assembleias devem ser nulificadas por decisão judicial (art. 166, II, CC) quando, imotivadamente, afrontarem essas limitações.

Desse modo, incidiria diretamente a CR para nulificar (art. 166, II, CC) a cláusula da convenção de condomínio ou decisão da assembleia que impusesse limitação preconceituosa ao uso da unidade ou das áreas comuns, como seria o caso de restrição em virtude de situação social (ex. empregado), religiosa ou por orientação sexual, contrárias a pluralidade que caracteriza o ser humano e conseqüentemente espelha a sociedade plural, fraterna e solidária que o legislador deseja.

Por outro lado, afrontaria o CC a deliberação que desrespeitasse o quórum fixado para certas matérias, como 2/3: (i) aplicação da multa do art. 1336, § 2º, CC; ii) realização de benfeitoria voluptuária pelo art. 1341, I, CC; iii) obras de acréscimo a partes comuns; iv) alteração da convenção, pelo art. 1351 do CC; 3/4: (i) sanção ao condômino antissocial pelo art. 1337 do CC); maioria: (i) benfeitorias úteis pelo art. 1341, II, CC; ii) deliberações em primeira convocação pelo art. 1353 do CC); unanimidade: (i) construção de outro pavimento ou edifício pelo art. 1343 do CC; ii) mudança da destinação do edifício ou da unidade pelo art. 151 do CC.

De modo geral, a própria convenção de condomínio tem liberdade para estabelecer quóruns para específicas matérias, sendo a regra geral, todavia, a de que em segunda convocação as matérias podem ser decididas pelo quórum da maioria simples (art. 1353 do CC).

Ressalte-se que certas matérias precisam respeitar funções específicas. Se o condomínio desejar, por exemplo, após obter autorização da municipalidade, alienar a área destinada à moradia do porteiro, ainda que inexistente quórum específico previsto no CC e na convenção de condomínio, a matéria só poderá ser deliberada por unanimidade, pois altera a própria distribuição da fração ideal respectiva no terreno fixada por ocasião da instituição do condomínio (art. 1332, II, CC).

Há exemplos que ilustram bem o desafio. Seria o caso do condômino de unidade localizada em edifício residencial que deseje locá-las para temporada. Em caso de omissão da convenção de condomínio a respeito do problema, não é possível, isoladamente, concluir em favor da licitude dessa prática negocial, o que dependerá obrigatoriamente das circunstâncias do caso concreto, sendo inútil o argumento de que o condômino é proprietário, já que o interesse individual limita-se pelo coletivo.

Em tese, o ordenamento jurídico brasileiro admite a locação por temporada (art. 48 a 50 da Lei 8.245/91), assim considerada aquela destinada a motivos transitórios (ex. viagens a trabalho ou lazer, estudo ou tratamento de saúde), permitindo-se ao dono da unidade, em princípio, alugá-la com esse específico propósito.

Todavia, tal interesse isoladamente legítimo pode colidir com diversos outros, como seria a segurança e a própria finalidade residencial do condomínio. Basta pensar na locação para estrangeiros por meio de locações diárias ou semanais, colocando potencialmente em risco interesses como a segurança, o sossego e até os bons costumes, sobretudo considerando que o país é considerado um destino tradicional do turismo sexual.

Tal locação, sobretudo quando realizada habitualmente, descaracterizaria a finalidade residencial do edifício e o assemelharia a condomínios residenciais com serviços ou apart-hotéis, parecendo violar o dever legal (art. 1336, IV, do CC) de “das às suas partes a mesma destinação que tem a edificação”. Ao contrário, tal prática não poderia ser proibida no caso de edifícios residenciais com serviço ou apart-hotéis, uma vez que a expectativa legítima dos adquirentes dessas unidades precisa incluir a circulação de pessoas que ocuparão unidades com caráter transitório.

Dessa forma, parece que em condomínios residenciais já existe vedação para a locação por temporada, e, por muito mais razão, merecerá tutela pelo ordenamento jurídico a cláusula da convenção de condomínio que proibir expressamente a locação por temporada, assim considerada aquela locação celebrada com prazo inferior a 90 dias.

Destaque-se que a assembleia é o órgão deliberativo do condomínio, cujas decisões são baseadas no exercício da autonomia privada, mas que não pode modificar os limites impostos pela convenção de condomínio, ao menos sem observar o quórum qualificado de 2/3 dos votos dos condôminos (art. 1.351 do CC).

Essa tarefa revela-se muitas vezes hercúlea na medida em que o controle é permeado por elevada fluidez, particularismo e subjetividade. E isso porque a interpretação de cada regra não deve ser subsuntiva e apegada à tradição positivista, dependendo sempre dos interesses concretos envolvidos e geralmente exigindo a ponderação entre interesses que

isoladamente são merecedores de proteção, acompanhado obrigatoriamente de suficiente argumentação jurídica na identificação do interesse com maior peso axiológico.

Ilustre-se o problema com o exemplo corriqueiro da regra proibitiva de animais nas unidades e áreas comuns de edifício residencial. Por raciocínio mecanicamente silógico, qualquer espécie de animal, em qualquer hipótese, estaria proibido de ocupar apartamentos residenciais.

Todavia, podem surgir casos reais diferentes, a merecer respostas diversas: i) pequeno cachorro ou gato, que não ameaça o sossego, saúde e segurança dos vizinhos; ii) animal feroz ou que late com frequência, pondo em risco, respectivamente, a segurança e o sossego; iii) pequeno peixe que ocupa aquário dentro da unidade; iv) animal cuja propriedade recai sobre portador de deficiência visual.

O raciocínio criticamente subsuntivo conduz a solução idêntica: todos esses animais deveriam ser retirados do condomínio, sujeitando-se os condôminos às sanções previstas na convenção de condomínio e no CC.

É preciso partir da premissa de que o direito de propriedade constitui-se em direito individual fundamental assegurado pelo art. 5º, inciso XXII, da CF, o qual deve ser exercido de modo a buscar fim socialmente útil para merecer proteção (art. 5º, XXIII). Por outro lado, tal direito individual tem seu conteúdo parcialmente moldado pela convenção de condomínio, em especial quando a propriedade recai sobre unidade inserida em condomínio edilício, isto é, quando for propriedade condominial edilícia, pois neste caso os interesses individuais precisam harmonizar-se com o coletivo.

Esta liberdade para a criação de regras negociais para a convenção de condomínio expressa a autonomia privada, que, por sua vez, compõe os conteúdos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e livre iniciativa privada (art. 1º, IV, CF). E que estrutura e função são noções inerentes a qualquer categoria jurídica. Desta forma, no caso da referida regra condominial, mostra-se necessário identificar a função para a qual foi criada, especialmente porque a observância de um fim socioeconômico, o respeito a boa-fé e aos bons costumes compõe a estrutura interna de toda situação jurídica subjetiva, como prevê a regra do art. 187 do CC.

Assim, retornando-se ao exemplo da regra proibitiva de animais, é preciso lembrar que a função de tal regra consiste em preservar os legítimos interesses do sossego, saúde e segurança dos condôminos, deixando de merecer tutela quando decorrer do simples capricho da maioria que criou ou modificou a convenção de condomínio, ou, ainda, que deliberou em assembleia.

No primeiro caso, a norma a ser extraída da convenção permite o referido animal, por não colocar em risco os interesses tutelados. No segundo caso, a regra merece tutela e deve ser observada por todos os condôminos. No terceiro caso, a Lei 11.126/05 assegura a “pessoa portadora de deficiência visual usuária de cão-guia o direito de ingressar e permanecer com o animal nos veículos e nos estabelecimentos públicos e privados de uso coletivo”, pautando, assim, a liberdade para a convenção de condomínio e as deliberações da assembleia disciplinar a vida condominial. No último caso, inexistente justificativa para o negócio jurídico restringir a faculdade de usar do proprietário.

Revela-se pelos exemplos a insuficiência absoluta do modelo lógico-forma que propõe o modelo subsuntivo. O rigor do silogismo levaria a administração do condomínio a reprimir judicialmente e sancionar com multa o condômino que adquirisse pequeno aquário com peixe para o seu filho, a pretexto de descumprir a regra da convenção.

Nota-se que nos condomínios residenciais existem verdadeiros espaços de desenvolvimento da pessoa humana e concretização de variados aspectos da sua dignidade. Por outro lado, condomínios empresariais concretizam aspectos fundamentais do princípio da livre iniciativa privada. Tais valores são vetores hermenêuticos na hora de verificar o merecimento de tutela da convenção de condomínio e deliberações da assembleia.

3 NOVAS ESTRUTURAS CONDOMINIAIS: VALIDADE E MERECEMENTO DE TUTELA

3.1 Condomínio edilício de único dono.

A admissibilidade do condomínio edilício de único dono passa por duas premissas fundamentais: i) o art. 1.331 do CC se refere, no plural, a “condôminos” de edifícios formados por “propriedade exclusiva” e “propriedade comum”; ii) a relação jurídica é tradicionalmente explicada como relação entre sujeitos.

Desconstrói-se facilmente a primeira premissa verificando-se que a legislação pode descrever elementos acessórios para a qualificação de uma categoria jurídica, ou seja, nem todos os elementos descritos pela lei são essenciais à sua configuração.

Nessa perspectiva, a existência de “condôminos” descreve justificativa histórica para a criação do condomínio edilício, mas não traduz os interesses legítimos que justificam, atualmente, a configuração dessa figura, como é o caso de um “condômino”, no singular, tornando a pluralidade de sujeitos elemento puramente acessório.

A segunda premissa decorre do raciocínio tradicional de que a relação jurídica é necessariamente uma relação entre sujeitos. Podem existir relações jurídicas sem sujeitos individuados e determinados, ou seja, sem sujeitos “existentes do ponto de vista formal¹⁷¹”, tal como se dá no próprio direito de propriedade, cujo sujeito passivo não está individuado formalmente.

Verifica-se que a relação jurídica possui uma estrutura interna formada pela ligação entre situações jurídicas, ainda que não exista um titular previamente identificado para titularizar tal situação. Então, “se a atualidade do direito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma ligação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em ligação entre sujeitos¹⁷²”.

Desse modo, a relação jurídica condominial edilícia, de acordo com o art. 1.331 do CC, pode ser lida como a ligação entre as situações jurídicas de propriedade exclusiva e comum, de modo que cada unidade, e respectiva parte comum, forme um centro de interesse autônomo. Dito de outro modo, existiria copropriedade, mas não cotitularidade, a ponto de justificar-se a pluralidade de matrículas no registro imobiliário para cada unidade, mesmo pertencendo a edificação a único dono, como se desenvolverá.

¹⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 732.

¹⁷² PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 732.

Ilustrando-se com edifício residencial composto por 20 unidades, cada uma dessas áreas formaria uma “propriedade exclusiva”, coexistindo com a “propriedade comum” das áreas comuns, formando relação jurídica que liga essas situações jurídicas autônomas, cada qual representativa de um centro de interesse, mesmo que (ainda) não exista pluralidade de proprietários, somente pluralidade de propriedades.

De maneira a propor-se neste tópico, primeiramente, a realização de atenta observação desse fato cotidiano nas relações sociais e econômicas, para em seguida proceder a sua interpretação, qualificação jurídica e verificação do merecimento de tutela de tal realidade socioeconômica.

Para além dos dois argumentos expostos acima, a admissibilidade do condomínio composto por único dono basear-se-á em outros pontos, sendo o primeiro dogmático e os outros dois predominantemente pragmáticos: i) o dogmático recai sobre o processo de interpretação e qualificação do condomínio edilício em conformidade com a legalidade civil constitucional; ii) o primeiro pragmático parte do reconhecimento de tal figura pelo art. 23, § 3º, da Lei 8.245/91; iii) o segundo pragmático parte do reconhecimento de tal figura pela Lei 4.591/64 e pelo CC;

Vê-se que diariamente são construídos edifícios em terrenos de propriedade exclusiva. Tais construções muitas vezes possuem partes destinadas à utilização exclusiva (ex. salas, apartamentos e lojas) somadas a outras destinadas ao uso comum (ex. portarias, galerias de acesso, elevadores, halls, áreas de lazer), embora não exista a cotitularidade e sim propriedades de unidades pertencentes a único titular, em geral sociedades empresárias.

Os exemplos são muitos: i) *shoppings centers* ou centros comerciais com um único proprietário, em geral pessoas jurídicas que alugam suas lojas; ii) hotéis e residenciais com serviços construídos por investidor único; iii) pessoa jurídica que constrói edifício para ali instalar sua sede; iv) investidor que constrói edifício residencial destinado à locação dos apartamentos; v) pessoa abastada que constrói edifício destinado à ocupação de cada unidade pelos membros de sua família; vi) incorporador imobiliário que é proprietário exclusivo de terreno onde institui condomínio edilício, discriminando e individualizando as unidades visando aliená-las separadamente durante a construção ou antes de iniciá-la; viii) condomínio edilício regularmente constituído, sendo posteriormente as unidades adquiridas por um mesmo investidor.

Nestes casos, a regra do art. 1.253 do Código Civil prevê que a acessão pela construção é de propriedade presumida do titular do terreno. Tratando-se de titular único, não se poderia, através de raciocínio formalista, empregar a expressão condomínio em seu

significado etimológico, por este sentido pressupor mais de um titular. E por isso discute-se no direito registral a legalidade do registro da instituição e constituição do condomínio edilício nestes casos.

Abrem-se duas possibilidades para a qualificação de tais construções: i) as construções são propriedades comuns sujeitas à disciplina jurídica da propriedade imóvel (art. 1228 a 1313 do CC); ii) as construções são condomínios edilícios, por possuírem partes destinadas ao uso exclusivo e partes destinadas ao uso comum (1331 a 1358 do CC).

A questão não é desprovida de efeito prático. Admitindo-se tais construções como propriedade horizontal, seriam nítidas as vantagens trazidas pela disciplina jurídica dessa estrutura, com importantes efeitos práticos, tais como: i) reconhecimento de capacidade processual (art. 12, IX, do Código de Processo Civil) para o condomínio e não para o proprietário; ii) subjetividade, podendo participar de relações jurídicas de direito material como alugar uma unidade ou contratar um serviço, separando as relações do condomínio e do proprietário da construção; iii) possibilidade de obtenção de CNPJ; iv) aplicação das regras que disciplinam a administração do condomínio, inclusive com possibilidade de eleição de síndico; v) identificação de deveres impostos aos condôminos, como os relacionados ao uso compatível com os bons costumes, sossego, saúde e segurança do vizinhos, assim como o dever de não alterar a forma da fachada; vi) identificação de critério para o rateio da contribuição condominial; vii) identificação de deveres diversos e aplicação das consequentes sanções previstas pelo CC.

Os fatos precisam ser interpretados e qualificados. “A qualificação do fato jurídico é o procedimento que da identificação da função chega à identificação da disciplina: trata-se de construir resposta, em termos de disciplina, que o ordenamento globalmente considerado dá à exigência de tutela que o fato manifesta, exigência portadora de uma específica irrepetibilidade¹⁷³”.

O processo cognitivo é unitário, nele compreendendo-se a interpretação e qualificação do fato, associando fato e norma. Tem-se na qualificação o objetivo de individuar a normativa adequada. Verifica-se que esta qualificação precisa considerar os efeitos produzidos, pois fatos e efeitos compõem a estrutura do próprio processo de qualificação. São entidades distintas, embora não sejam antitéticas¹⁷⁴. Nota-se a aproximação entre o processo de

¹⁷³ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.650-651.

¹⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 657.

interpretação e qualificação e a realidade, distante da proposta lógica-formal de qualificação que o positivismo propunha.

Define-se a qualificação do fato a partir da sua função concreta, a partir da síntese dos efeitos essenciais, da sua função prático-jurídica. Os efeitos não essenciais para esse escopo tornam-se despiciendo no processo de qualificação. E, a partir desse itinerário se identifica a existência de específica estrutura jurídica para aquele fato, buscando o seu núcleo essencial.

De modo que se deve buscar na propriedade horizontal a identificação dos efeitos sem os quais não se revela a função para a qual foi criada esta categoria, distinguindo-os dos efeitos que são dispensáveis, ainda que típicos, quando previstos pela própria legislação. São efeitos acessórios, pois não são essenciais para caracterizar a função do condomínio edilício.

Estabelecidas essas premissas, passa-se agora para a interpretação e qualificação do fato condominial. Verificou-se que a verticalização das construções representou um acontecimento social e econômico importante no fim do século XIX e início do século XX. As construções de prédios possibilitou a coexistência entre partes exclusivas e partes comuns, com a disciplina necessária desta convivência.

Nota-se logo que o efeito essencial da estrutura da propriedade horizontal consistia na reunião de: i) características arquitetônicas próprias; ii) partes destinadas ao uso exclusivo; iii) partes destinadas ao uso comum.

Esse efeito, decorrente dessa nova realidade própria da criatividade dos construtores, potencializa uma série de conflito de interesses e ao mesmo tempo faz com que os interesses dos possuidores das unidades confluam, a justificar a disciplina jurídica. Nota-se que o efeito essencial dessa nova estrutura está relacionado precipuamente ao uso compartilhado das áreas comuns e à proximidade entre as áreas exclusivas.

Por aí já é possível perceber que a cotitularidade não é a função principal da categoria, o seu efeito essencial, mas somente o modelo, o instrumento geralmente utilizado para chegar a tal estrutura. Estrutura e função são características de qualquer noção jurídica. No caso da propriedade horizontal, nota-se que o instrumento histórico para tal estruturação e disciplina consistiu em permitir a alienação dessas unidades, de modo que surgissem proprietários exclusivos (das unidades) e ao mesmo tempo coproprietários sob novo regime condominial (das áreas comuns), cuja estrutura é essencialmente indivisível.

É possível ir além, encontrando-se na incorporação imobiliária a justificativa siamesa para a criação da disciplina da propriedade horizontal. Ressalta-se na incorporação o propósito de alienar antes de construir, de modo que as unidades unam-se futuramente sob o regime condominial edilício. Esta realidade torna a aquisição da propriedade uma justificativa

social para a criação da maioria dos condomínios, sem necessariamente ser elemento essencial.

Nesse sentido, o art. 1.331 do Código Civil afirma que “pode haver, em edificações, partes que são *propriedade exclusiva*, e partes que são *propriedade comum* dos condôminos”. De modo que, por opção legislativa, tal copropriedade é efeito do condomínio edilício.

Impõe-se, então, verificar se este efeito “propriedade” “comum” e “exclusiva” dos “condôminos” é essencial para qualificar o condomínio edilício, ou, então, se se trata de efeito puramente acessório. Admite-se, para isso, que as estruturas tradicionais podem desempenhar outras funções inicialmente não previstas, desde que não descaracterize a estrutura existente. De modo que a interpretação do fato não pode ser a-histórica, exclusivamente a partir das necessidades dos séculos passado e retrasado, devendo considerar os efeitos que o condomínio produz atualmente, admitindo-se que a função desempenhada compõe e molda a estrutura.

Se um prédio possui um único dono, nota-se haver direito real de propriedade sobre as unidades, como apartamentos, lojas e salas. E aí a estrutura alinha-se perfeitamente com a previsão do art. 1.331 do Código Civil. Faltaria, portanto, identificar a copropriedade das áreas comuns. Pense-se na hipótese de prédio com 10 andares, contendo 4 unidades em cada andar, construído por investidor. Cada apartamento está alugado para pessoa diversa. Então, cada locatário exerce a posse exclusiva sobre suas unidades e composses sobre as áreas comuns.

Extrai-se a seguinte estrutura deste direito de propriedade: i) partes que são destinadas ao uso exclusivo (ex. salas, lojas, apartamentos); ii) partes que são destinadas a composses (ex. hall social, corredores, elevadores, estacionamento, escadas), isto é, partes comuns.

Fácil é perceber a insuficiência estrutural da propriedade comum para disciplinar essa nova realidade, por haver composses de áreas comuns e não copropriedade, somada à posse exclusiva das unidades e não à propriedade exclusiva. A legislação, ao disciplinar o direito de propriedade, não cogitou a hipótese de certa construção possuir as características construtivas do condomínio edilício, produzindo os mesmos problemas justificadores da sua disciplina, embora, repita-se, as partes exclusivas e partes comuns sejam objeto de posse e composses e não de propriedade e copropriedade.

Desta forma, a coexistência entre unidades destinadas ao uso exclusivo e áreas destinadas ao uso comum, ainda que não exista cotitularidade, parece ser a síntese dos efeitos essenciais da propriedade horizontal. Neste caso, a cotitularidade representa efeito puramente acessório e não essencial, sendo esta a interpretação correta do art. 1.331 do Código Civil ao

descrever partes que são objeto de “propriedade exclusiva” e partes que são objeto de “propriedade comum” dos “condôminos”, ou seja, partes destinadas ao “uso exclusivo” somadas a partes de “uso comum”, podendo cada qual dessas partes ser objeto de propriedade e copropriedade ou simplesmente posse e composesse.

A síntese dos efeitos essenciais está relacionada às próprias características da edificação, pois a partir dela é que surgem os desafios a serem enfrentados. Desse modo, se um edifício é erguido sem a característica da coexistência de partes exclusivas e partes comuns, não haverá condomínio edilício. Seria o caso de construir-se casa residencial, cuja técnica construtiva não vise ao compartilhamento do uso do bem.

Por outro lado, embora possuindo um único proprietário, se houver pluralidade de unidades destinadas ao uso exclusivo somadas às partes destinadas ao uso comum, a hipótese será qualificada como condomínio edilício. As áreas de propriedade exclusiva podem ser titularizadas por única pessoa, ou seja, relação jurídica com situações jurídicas proprietárias recaindo sobre cada unidade de titularidade do mesmo sujeito. Em suma, o efeito essencial do condomínio edilício recai sobre esta técnica construtiva de edificação peculiar, inicialmente concebida para criar cotitularidade, embora tal estrutura passe a desempenhar novas funções por meio de outros arranjos de interesse.

Embora não seja objetivo deste trabalho realizar estudo sobre o condomínio no direito comparado, a simples referência a legislação de outros países contribui para entender o caráter não essencial da cotitularidade das propriedades exclusiva e comum, destacando as características desse novo modelo de construção e distribuição de espaços.

Na Suíça, durante a década de 40 do século passado, foram constituídas *sociétés immobilières d'actionnaires-locataires*, assim entendidas sociedades imobiliárias que conferem a seus membros o direito de alugar uma parte do imóvel. Todavia, por não atribuir direito real ao investidor, formou-se uma comissão em 1955 para disciplinar a relação como direito real e modificar o Código Civil Suíço (ZGB).

E então é criada a *propriété par étages* em 19 de dezembro de 1963, através da alteração do Livro Quarto do Código Civil Suíço. Só que ao contrário do modelo brasileiro, que optou por atribuir direito real de propriedade exclusiva sobre a unidade e copropriedade sobre as áreas comuns, o modelo suíço cria uma copropriedade sobre todos os pisos de construção e somente o direito de uso exclusivo sobre a unidade.

Destaca-se a posse direta decorrente dessa configuração e não da copropriedade, ou seja, a copropriedade sobre as áreas comuns e a posse direta sobre as unidades. Até porque, na perspectiva proprietária, a unidade é objeto de copropriedade. Dito de outro modo, o direito

brasileiro disciplinaria tal estrutura pelas regras do condomínio geral voluntário, ao contrário do direito suíço, que lhe confere estrutura própria.

Então, o efeito essencial que deve ser buscado é a coexistência de pluralidade de unidades destinadas ao uso exclusivo somadas as partes de uso comum em conjunção simbiótica. Essas unidades poderão ser objeto de: i) propriedade exclusiva, em caso de condomínio; ii) objeto de posse exclusiva, quando não houver condomínio.

Por ter o legislador optado pela expressão condomínio edilício e não propriedade horizontal, o próximo tópico tentará demonstrar que a existência da propriedade dividida em planos horizontais, com áreas exclusivas coexistindo com áreas comuns, ainda que sem copropriedade – efeito acessório para a função da propriedade horizontal – é suficiente para permitir a identificação dessa estrutura a partir da interpretação e qualificação dos fatos, de modo que o significado literal da expressão “condomínio” edilício não impeça a caracterização da estrutura, a partir da função que a propriedade com único dono pode desempenhar.

3.1.1 Função vs. linguística

A expressão condomínio de único dono encerra um paradoxo aparente. Afinal, o condomínio constitui espécie de comunhão, de modo que a presença de (ao menos) dois titulares pode parecer indispensável para extrair o valor semântico da expressão condomínio.

Nessa linha exclusiva e insuficientemente gramatical, se uma construção possui um único proprietário, soaria cômodo afirmar categoricamente que não há condomínio edilício na hipótese. Todavia, para além de uma abordagem por meio da filologia, é preciso – como visto no capítulo II - examinar o fenômeno social e econômico em sua totalidade, considerando que a disciplina a ser aplicada depende da função que o condomínio desempenha nesses dois contextos.

Não é possível qualificar um fato simplesmente a partir do nome atribuído pela legislação. Exige-se que a interpretação do fenômeno jurídico observe o exame conjunto de fato e efeito. Dito de outro modo, deve o condomínio formado por dono exclusivo ser examinado na perspectiva da função que desempenha socialmente, para então proceder a construção da resposta, em termos de disciplina a ser aplicada, para ver a exigência de tutela que o acontecimento manifesta.

De modo que precisam ser identificados os elementos essenciais e acessórios que caracterizam o condomínio edilício. E, após isso, verificar se tais elementos estão presentes

no condomínio de único dono, independentemente da nomenclatura utilizada pela legislação, até porque a realidade em que foi criada pode ser diferente daquela em que será aplicada.

Existem incontáveis argumentos favoráveis ao merecimento de tutela do condomínio de dono exclusivo, considerando que fisicamente existem diversas salas, apartamentos ou lojas (unidades). Por outro lado, são muito poucos os argumentos contrários à aplicação da normativa do condomínio edilício, sendo linguística a principal tese. Neste caso, antes de passar aos argumentos favoráveis, é preciso denunciar a incapacidade da nomenclatura “condomínio edilício” para expressar o fenômeno, dela não se podendo retirar qualquer conteúdo específico, o que, no mais, é característica de qualquer outra expressão com ímpeto simplificador de um fenômeno nada singelo.

3.1.2 Condomínio edilício, propriedade horizontal ou propriedade especial?

Como visto no capítulo II, o condomínio edilício é uma realidade social e econômica que surgiu como efeito natural do processo de industrialização e o consequente êxodo urbano que a transição de uma sociedade rural para a urbana proporcionou na experiência brasileira. Em alguns países, como a França, buscou-se a reconstrução urbana e o acesso à moradia. Permitiu-se a união entre a necessidade de moradia e a viabilidade tecnológica da construção de edifícios com andares sobrepostos e destinados à ocupação multifamiliar através de unidades autônomas.

Caio Mario da Silva Pereira, que foi um dos mais profundos estudiosos do fenômeno das construções compostas por unidades autônomas em todas as suas perspectivas, publicou uma obra com o título “*propriedade horizontal*”, com a qual obteve aprovação unânime por ocasião do I Congresso Nacional de Direito, realizado em Fortaleza, Ceará, entre os dias 4 a 10 do mês de outubro de 1959.

Na ocasião, as construções por meio da superposição de andares compostos por unidades autônomas já existia como fenômeno social e econômico. Na época, vigorava o Decreto 5.481, de 25 de junho de 1928, que também não utilizava a expressão condomínio edilício, limitando-se a regular “a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares”.

Como abordado no capítulo II, muitas foram as nomenclaturas que buscaram expressar o novo fenômeno da construção por andares que constituem unidades autônomas: i) condomínio relativo¹⁷⁵; ii) propriedade horizontal; iii) condomínio de edifícios com

¹⁷⁵ Esta expressão é adotada por Carlos Maximiliano. Sobre as diversas nomenclaturas, cada qual indicada aqui com referência a seu defensor em doutrina, ver PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações.

apartamentos autônomos¹⁷⁶; iv) condomínio por andares ou apartamentos¹⁷⁷; v) propriedade em planos horizontais¹⁷⁸; vi) Condomínio em edifício¹⁷⁹; vii) incorporação imobiliária¹⁸⁰; viii) condomínio e incorporações¹⁸¹.

E ainda existem expressões diversas utilizadas pelo direito comparado: i) *copropriété des immeubles par appartement*, depois *copropriété des immeubles* até *immeubles bâtis*¹⁸²; ii) *propriété par étages*¹⁸³; iii) *proprietà per piani* e *condomínio negli edifici*¹⁸⁴; iv) *stockwerkeigentum* (Alemanhã);

É preciso reconhecer a insuficiência dessas expressões para traduzir o complexo fenômeno com exatidão. Aliás, um exame analítico a partir da gênese do problema poderia sugerir expressão como: *edificação com propriedade e copropriedade*. Edifício resulta do latim *aedilicium*, relacionado à edificação, à construção. É uma realidade própria, autônoma em relação às estruturas jurídicas até então conhecidas. Infere-se que o condomínio é apenas uma das facetas dessa nova estrutura, copropriedade esta que não existirá em relação às áreas exclusivas.

O fenômeno jurídico a ser traduzido é composto por duas características: áreas exclusivas e áreas comuns. Historicamente, tais áreas destinam-se a ser objeto de propriedade exclusiva e propriedade comum. Todavia, como está sendo exposto, nada impede que essa edificação pertença a único proprietário, e este deseje explorá-las individualmente, criando-se posse de áreas exclusivas e comuns, com propriedade única.

Caio Mario da Silva Pereira optou pela expressão propriedade horizontal, mas não sem admitir antes que “uma análise minuciosa do fenômeno mostra que nenhuma das modalidades de sua designação satisfaz plenamente” e que a própria expressão propriedade horizontal é

Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 41.

¹⁷⁶ ESPÍNOLA, Eduardo. Posse, propriedade, condomínio, direitos autorais. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

¹⁷⁷ BATALHA, Wilson de Sousa Campos. Loteamentos e condomínios. São Paulo: Max Limonad, 1953.

Campos Batalha.

¹⁷⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

¹⁷⁹ FRANCO, J. Nascimento & GONDO, Nisske. Condomínio em Edifícios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

¹⁸⁰ GOMES, Orlando. Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANCO, J. Nascimento & GONDO, Nisske. Condomínio em Edifícios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

¹⁸¹ FLORENZANO, Zola. Condomínio e incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

¹⁸² Tais expressões foram adotadas evolutivamente pelo direito francês. Sobre esta evolução no direito comparado, especialmente no Direito Suíço (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Condomínio em Edificações. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88).

¹⁸³ É a expressão empregada pela al. 1 do art. 712 do Código Civil da Suíça (ZGB)

¹⁸⁴ Note-se que essas duas expressões são extraídas do direito italiano, mas tão somente a segunda, cunhada por Lino Salís, influenciaria diretamente Miguel Reale e o Código Civil de 2002.

incompleta para expressar o problema, já que “concedemos que algumas objeções a ela dirigidas são procedentes”.

É evidente que a justificativa central para a criação da Lei 4.591/64 foi à aquisição de unidades nessas construções por pessoas diferentes, de modo que a coexistência dessa pluralidade de sujeitos dentro dessa nova realidade precisava ser regulada. Mas, na ocasião, havia dois pontos de inovação: i) uma nova realidade construtiva; ii) a possibilidade de existirem titulares diferentes de cada unidade, com condomínio em relação às áreas comuns.

A inovação construtiva era o fato, o acontecimento socioeconômico inovador. O desafio na ocasião era disciplinar a coexistência, entre adquirentes – proprietários diversos – do uso das áreas de propriedade exclusiva e comum, realidade até então pouco conhecida, sendo fruto da verticalização das construções ocorrida no início do último século. O surgimento de donos diferentes era o efeito na época, objeto de estudos e reflexões na ocasião. Tal efeito justificou a própria criação daquela estrutura prevista pela Lei 4.591/64, isto é, o propósito principal era regular as relações de comunhão das áreas comuns através do condomínio.

Mas a possibilidade daquela nova construção ser realizada por um exclusivo proprietário não era descartada, embora tivesse caráter excepcional. O Decreto 5.481/28 não excluía. E a expressão propriedade horizontal tão menos, pois destaca a forma construtiva e não a relação condominial que possa vir a surgir.

Caio Mario da Silva Pereira já esclarecia o ambiente em que surgiu a propriedade horizontal e cogitava a possibilidade dessa nova construção ser realizada, embora em caráter excepcional, por exclusivo dono: “neste século, entretanto, mudou-se a face do caso. Com o crescimento das aglomerações urbanas, com o desenvolvimento vertical das cidades, com o encarecimento das obras, *a ponto de somente por exceção tornar-se possível a edificação de um arranha céu em regime de propriedade exclusiva*, houve necessidade de uma disciplina jurídica para o apropria-mento das coisas desse critério novo de comunhão”.¹⁸⁵

Extrai-se que o principal efeito produzido por essa nova realidade era possibilitar o surgimento de uma diferenciada estrutura condominial. Daí o surgimento da Lei 4.591/64. Mas a evolução socioeconômica identificou outros efeitos produzidos e que reclamam a atenção do operador, sobretudo constatando-se que o condomínio formado por dono exclusivo tem sido utilizado pela prática. Impõe-se verificar se a hipótese merece ou não a proteção do

¹⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Propriedade Horizontal. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 39.

ordenamento jurídico, devendo ser qualificada e então verificada a possibilidade de aplicação da disciplina jurídica do condomínio edilício.

Dito de outra maneira, a estrutura arquitetônica do condomínio edilício é formada originalmente pela superposição de andares onde existem unidades autônomas em cada um deles (salas, lojas, apartamentos ou até ambos). A partir daí é preciso identificar os efeitos que são produzidos por essa realidade construtiva largamente empregada a partir do século XX, abrindo-se duas possibilidades no caso de construção pertencente a único dono, construída com áreas destinadas a uso comum junto com outras destinadas ao uso exclusivo: i) trata-se de propriedade comum, disciplina pelos artigos 1228 a 1313 do CC; ii) a hipótese é qualificável como propriedade especial, que o legislador preferiu chamar de condomínio edilício.

A partir do próximo item, serão demonstrados dois exemplos que a própria legislação brasileira identifica como reconhecimento dos efeitos sociais e econômicos do condomínio edilício com único dono e, a partir da sua análise, e não pelo mero sentido linguístico da expressão condomínio edilício, será possível verificar sobre a existência ou não de merecimento de tutela para essa inovação.

3.1.3 Imóvel com proprietário exclusivo alugado para pessoas diversas: o art. 23, §3º, da Lei 8.245/91

O valor constitucional da solidariedade (art. 3º, I, da CF) é expresso de modos diversos. No caso da Lei 8.245/91, verificou-se que o acesso à moradia e ao trabalho (direitos constitucionais sociais) habitualmente utiliza-se da locação, com consequente posse funcionalizada, e raras vezes da propriedade, como revela o mercado imobiliário locatício residencial, de temporada e não residencial, justificando a fragmentação legislativa com a criação de fonte normativa específica para tutelar a situação jurídica do locatário.

Tal legislação criar deveres para as duas partes nos artigos 22 (deveres do locador) e 23 (deveres do locatário). Este art. 23 da Lei 8.245/91 estabelece específicos deveres para o locatário de imóvel, dentre os quais pagar as “despesas ordinárias de condomínio” (inciso XII do art. 23), assim entendidas “as necessárias à administração respectiva”, como salários dos empregados, custo com concessionárias, limpeza e manutenção das áreas comuns entre outras descritas no referido artigo.

Assim, no caso do locatário alugar unidade inserida em condomínio edilício, a responsabilidade pelas despesas ordinárias recairá sobre ele e não sobre o locador. Tal

referência a despesas condominiais feita pelo art. 23 da Lei 8.245/91 remete, ao menos em tese, ao locatário que aluga unidade residencial ou não residencial inserida em condomínio edilício, ou seja, sua unidade possui um proprietário exclusivo, as demais propriedades possuem outros proprietários, e as áreas comuns são objeto de copropriedade.

Desenvolvendo-se raciocínio puramente formalista, não seriam devidas tais despesas condominiais pelo locatário se o edifício possuísse proprietário único, ou seja, não havendo a copropriedade que caracteriza o condomínio, evidentemente não são devidas despesas condominiais.

Ocorre que o § 3º desse art. 23 da Lei 8.245/91 sensibilizou-se com a realidade socioeconômica brasileira, prevendo que: “no *edifício* constituído por *unidades imobiliárias autônomas*, de *propriedade da mesma pessoa*, os locatários ficam obrigados ao pagamento das despesas referidas no § 1º deste artigo, desde que comprovadas.

O referido §1º refere-se a edifício constituído por “unidades imobiliárias autônomas, de propriedade da mesma pessoa”. Nota-se que a expressão unidade imobiliária autônoma remete à área exclusiva objeto do condomínio edilício, inclusive porque o próprio CC utiliza a expressão unidade autônoma (art. 1331, § 3º e 4º; art. 1334, § 2º).

Em suma, a legislação foi sensível à realidade socioeconômica e reconheceu a existência de edificações com características arquitetônicas formadas pela reunião de partes exclusivas e comuns, embora de propriedade da mesma pessoa. E então determinou a aplicação das regras condominiais edilícias, já que ao locatário caberá arcar com o pagamento das despesas condominiais.

Dito de outro modo, e admitida a perspectiva formalista, haveria o paradoxo de considerar a existência de obrigatoriedade do locatário pagar despesas condominiais sem que haja condomínio. A contradição é apenas aparente, pois, no caminho do reconhecimento de novas funções desempenhadas pela estrutura condominial tradicional, tornou-se possível o condomínio edilício de único dono com base no art. 23, § 3º, da Lei 8.245/91¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Em sentido contrário, Sylvio Capanema de Souza interpreta o referido artigo do seguinte modo: “com o § 3º eliminou-se velha e interminável fonte de litígios, que se verificava quando o edifício pertencia a uma só pessoa, natural ou jurídica. Nestes casos, como é óbvio, não se pode falar em condomínio, ou despesas condominiais, já que a propriedade é una”. (SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato Comentada*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 133).

3.1.4 Incorporação Imobiliária

Mostra-se a incorporação imobiliária uma segunda hipótese de condomínio edilício formado por único dono autorizada expressamente pela legislação, ou seja, o reconhecimento de que a construção por único dono, ainda que para fim transitório, constitui realidade socioeconômica e traduz interesse merecedor de proteção pelo estado.

Define-se incorporação imobiliária, de modo incompleto¹⁸⁷ (artigo 28 da Lei 4.591/64), como “atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

Para poder utilizar esse conceito¹⁸⁸ é preciso conciliá-lo com a definição de incorporador imobiliário (art. 29 da Lei 4.591/64): “pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas (presumida pelo parágrafo único desse artigo), em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas”.

Em suma, o incorporador é o construtor ou gestor de operação econômica complexa e consistente em alienação de frações ideais vinculadas a unidades que serão ou estão sendo construídas, adotando-se o regime condominial edilício. Tal arranjo é instrumentalizado por negócios jurídicos diversos e coligados funcionalmente¹⁸⁹, dentre os quais se destaca a promessa de compra e venda, isto é, contrato preliminar pelo qual adquirente e incorporador

¹⁸⁷ Neste sentido é a crítica de Caio Mario da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 11). Para esse autor, referindo-se ao conceito legal, “quem o lê tem a impressão de que foi redigido por pessoa que desconhece até as mais mezinhas noções jurídicas, pois ali se confunde o conceito de transação com negócio jurídico. Não podemos deixar de lamentar que se consagrassem, em substituição a um conceito certo, o erro de linguagem, o erro de doutrina e a deselegância de estilo. É verdade que esta matéria de incorporação não é muito conhecida, e por isso mesmo quem dela cogita corre o risco de falhar. A ausência de conhecimento técnico poderia ser suprida por uma assessoria consciente. Mas não o foi. E daí este artigo quilométrico, de mau entendimento e pouco vernáculo, a ferir ao mesmo tempo os ouvidos e o direito”.

¹⁸⁸ Em seu anteprojeto, Caio Mario da Silva Pereira conceituou simplificada e o incorporador imobiliário do seguinte modo: “considera-se incorporador e se sujeita aos preceitos desta lei toda pessoa física ou jurídica que promova a construção para alienação total ou parcial de edificação composta de unidades autônomas, qualquer que seja a sua natureza ou destinação” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

¹⁸⁹ Sobre o tema, consista-se remeter a AZEVEDO, Fábio de Oliveira. *Incorporação Imobiliária* in AZEVEDO, Fábio de Oliveira & MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Imobiliário*. Escritos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015, p. 467-469.

se comprometem a celebrar a compra e venda futura após a averbação do habite-se da construção.

Para poder negociar as unidades “na planta” ou em construção, estabelece o artigo 32, com o propósito de proteger os adquirentes, que o incorporador deve submeter ao registro imobiliário uma espécie de dossiê composto por uma série de documentos, dentre os quais se inclui a “minuta da futura convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações”.

Todavia, é preciso reconhecer que a própria legislação distingue instituição (art. 1332 do CC¹⁹⁰) e constituição (art. 1333 do CC) do condomínio edilício. Com a incorporação imobiliária, o condomínio edilício está devidamente instituído. Tal afirmação é possível porque os requisitos previstos para a instituição (art. 1.332 do CC) são cumpridos pelo incorporador pelas próprias exigências do memorial de incorporação (art. 32 da Lei 4.591/64, letras “d” “e” e “i”), dispensando-se até mesmo manifestação formal nesse sentido¹⁹¹.

Embora não esteja constituído, o condomínio já está instituído. A constituição¹⁹², nos termos do art. 1333, se dá pela aprovação da convenção de condomínio “subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção”.

Como ensina João Batista Lopes¹⁹³, “com o registro da instituição e especificação do condomínio no cartório do registro de imóveis aperfeiçoa-se a figura jurídica do condomínio em edifícios, nascendo o direito real de cada condômino, que não pode sofrer alterações futuras sem seu consentimento”.

Dito de outro modo, o condomínio edilício passa a existir, embora não esteja ainda constituído, ou seja, não tenha sido aprovado o ato jurídico obrigatório que irá disciplinar

¹⁹⁰ Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial: I – a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns; II - a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns; III - o fim a que as unidades se destinam.

¹⁹¹ Ressalte-se que o art. 167, I, item 17, exige o registro da “incorporação” e da “instituição”, o que parecer dispensável nesse caso em que o CC estabeleceu que a instituição é feita pelo cumprimento de requisitos previstos no art. 32 da Lei 4.591/64. De qualquer modo, interpretando-se literalmente o referido item 17, bastaria a manifestação de vontade específica de instituir para considerar criado o condomínio edilício.

¹⁹² Tal constituição ocorrerá somente após a concessão do habite-se e respectiva averbação no registro imobiliário (art. 44 da Lei 4.591/64), ocasião em que os adquirentes serão convocados para assembleia específica. Ressalte-se a existência de prática consistente na aprovação da convenção por meio de poderes que o adquirente outorga ao incorporador para esse fim, geralmente por meio de contratos adesivos, limitando-se a referida a assembleia, pela prática imobiliária, a ser denominada como instalação do condomínio, elegendo-se a administração do condomínio.

¹⁹³ LOPES, João Batista. Condomínio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

diversos aspectos da estrutura condominial. Nesse caso, o próprio legislador, reconhecendo que a incorporação imobiliária é o caminho natural para criar o condomínio edilício, equipara o promitente comprador e cessionários (art. 1334, parágrafo único) para o fim de elaboração e aprovação da convenção.

Sabe-se que o promitente comprador não é proprietário. Sem o registro do seu contrato preliminar, não possui sequer direito real à aquisição (art. 1417 do CC), sendo parte de uma relação puramente obrigacional. Nesse caso, ainda que negociada a totalidade das unidades pela promessa de compra e venda, continua a existir um condomínio instituído e com único dono.

Avança-se o raciocínio especulativo para imaginar o registro do habite-se e a posterior aprovação da minuta da convenção de condomínio por esses promitentes compradores, hipótese em que o condomínio estará instituído e constituído. Ainda assim, por razões variadas, pode ocorrer de nenhum desses promitentes compradores ter celebrado a compra e venda, e, muito menos, realizado o registro imobiliário aquisitivo da propriedade (art. 1.227 do CC). De modo que não haveria copropriedade e conseqüentemente condomínio, ao menos pelo significado silogístico e linguístico.

No primeiro caso (promessas celebradas), o condomínio edilício estará instituído. No segundo caso (promessa celebradas e convenção aprovada), o condomínio estará instituído e constituído, embora só exista um proprietário para o terreno e respectiva construção (acessão do terreno pelo art. 1.253 do CC). Mostra-se, assim, sensível o legislador às transformações sociais e econômicas por equiparar o promitente comprador e cessionários, que não são proprietários, ao coproprietário condominial, ou seja, admite-se poder surgir condomínio entre os meros possuidores diretos em decorrência de promessas de compra e venda (art. 1.334, parágrafo único, CC), uma vez que coexistem partes destinadas ao uso exclusivo com outras destinadas ao uso comum.

Por fim, existe mais um argumento favorável ao reconhecimento de condomínio edilício de único dono na incorporação imobiliária. Após a averbação do habite-se, atestando as condições habitáveis do edifício e a conclusão do projeto construtivo de incorporação, o incorporador pode requer a abertura de matrículas para cada unidade.

Todavia, em alguns estados da federação, admite-se a abertura de matrículas para cada unidade antes mesmo da construção ser iniciada. É o caso do Rio de Janeiro, pois o art. 661 da Consolidação Normativa Extrajudicial estabelece que “no procedimento de registro de incorporação, é facultado o desdobramento de ofício da matrícula em tantas quantas forem as

unidades autônomas integrantes do empreendimento, conforme os artigos 674 e 464, parágrafo único, desta Consolidação¹⁹⁴.

Tal artigo 464¹⁹⁵ do CODJERJ autoriza a abertura de matrícula de ofício com base na simples instituição do condomínio edilício e conseqüente especificação e individualização das unidades. De modo que só existe um proprietário, pois o terreno pertence ao incorporador imobiliário, embora cada unidade autônoma já mereça matrícula própria para individualizá-la em relação às demais.

Essa possibilidade de abertura de matrícula própria reconhece que esse condomínio edilício já instituído, embora ainda seja de único dono, tem como característica essencial à coexistência entre partes exclusivas e comuns, a ponto destas partes exclusivas contar com matrícula própria.

A matrícula representa o ato inaugural do sistema registral imobiliário. “Cada imóvel deve ser inscrito no registro imobiliário em folha aparte ou abranger um conjunto de folhas no livro de registro geral. É aberto um fôlio, uma folha ou registro particular para o imóvel correspondente, na qual serão feitos todos os assentos relativos aos direitos reais sobre ele incidentes. Este registro particular é a matrícula ou fôlio real, denominação proveniente do direito germânico¹⁹⁶”.

De acordo com o princípio registral da unitariedade de matrículas, a abertura de matrículas para cada unidade autônoma, ou áreas exclusivas do condomínio edilício, revela a existência jurídica de tal condomínio, fôlio a partir do qual serão informadas todas as modificações jurídicas do imóvel.

¹⁹⁴ Tal abertura pode ser requerida a qualquer tempo pelo § 1º desse artigo: “com o registro da incorporação imobiliária, a qualquer tempo é facultado ao incorporador requerer a abertura de tantas matrículas quantas sejam as unidades decorrentes do registro da incorporação realizada, entendida aí a descrição da futura unidade autônoma. Todavia, para esclarecer que a unidade encontra-se em construção ainda não concluída, prevê o § 2º que: “na hipótese do § 1º, por averbação, deverá ser feita a ressalva de que se trata de obra projetada e pendente de regularização registral, no que tange à sua conclusão”.

¹⁹⁵ Art. 464, Parágrafo único, do CODJERJ: “efetuado o registro dos memoriais de loteamento ou de incorporação; dos atos jurídicos de instituição de condomínio com a especificação e individualização das unidades e suas respectivas frações ideais, e da atribuição da propriedade a cada condômino, bem como da averbação de desmembramentos, respeitando-se as particularidades previstas na legislação e nesta Consolidação, poderá o Oficial abrir de ofício a matrícula de cada unidade, sem despesas para os interessados”.

¹⁹⁶ É a lição de Luiz Guilherme Loureiro (LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. Teoria e Prática. São Paulo: Gen, 2010, p. 209).

3.2 *Mixed-use development*

Qualquer referência que se faça ao *mixed-use development*¹⁹⁷ impõe o prévio cotejo urbanístico a partir da CF em seu art. 182, cujo dispositivo estabelece que “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal¹⁹⁸, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

E um dos desafios centrais a enfrentar-se para a realização da função social da cidade, e assim assegurar bem-estar para os seus habitantes, passa pelo estudo e apresentação de soluções para a mobilidade urbana que aflige todas as grandes capitais mundiais. A compreensão dos projetos de uso misto passa pela observação dessa realidade que subjaz.

Verificou-se a partir do fim do século XIX e início do século XX o crescente, intenso e irrefreável processo de urbanização no Brasil, produzindo desafios que não foram corretamente enfrentados pela política pública de ordem e planejamento do espaço urbano.

Destaca-se especialmente o processo de êxodo rural, criando déficit habitacional já no início do último século e a concentração populacional em regiões próximas aos centros comerciais. Em parte, verificou-se no passado que tais problemas foram amenizados pela técnica de verticalização das construções e a criação dos condomínios edilícios, sobretudo após a revolução industrial.

Mas o crescimento desenfreado dirigiu-se – e continua a dirigir-se - para locais cada vez mais distantes dos centros, criando gravíssimo problema de mobilidade urbana e estimulando a criação de ferramentas que diminuam a necessidade de deslocamentos (ex. *home office*) diante de uma sociedade globalizada e tecnológica que torna o ritmo de vida cada vez mais veloz.

São os casos do progresso tecnológico e facilitação no acesso ao crédito propiciado pelo capitalismo. O progresso produziu veículos cada vez mais luxuosos, velozes e confortáveis. O acesso ao crédito permite que praticamente todas as classes sociais tenham condições de adquirir automóveis. E o resultado, sabe-se, é o aumento de frota de veículos e o conseqüente crescimento no fluxo de veículos gerando congestionamento, aumentando o tempo de deslocamento urbano e reduzindo a qualidade de vida.

¹⁹⁷ Na tradução livre: desenvolvimento de uso misto

¹⁹⁸ De acordo com o art. 30 da CF compete aos Municípios: “I - legislar sobre assuntos de interesse local”. Todavia, estabelece o art. 24, I, da CF ser competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

Some-se a tal realidade a experiência de países como o Brasil, onde o investimento público em transporte coletivo é insuficiente para atrair todas as classes sociais, reforçando o conjunto de estímulos para o acesso a meios de transporte individuais, indiferente a solidariedade constitucional que constitui um dos objetivos do país.

Constatou-se logo que o acesso a locais mais distantes por meio de automóveis, que foi a solução criada na década de 20 do século passado para moradias mais distantes dos centros empresariais, revelou que a mobilidade urbana constituía um dos desafios a serem enfrentados pelas principais capitais mundiais.

Com base na Lei 10.257/01¹⁹⁹, estabeleceram-se por parte do estado “diretrizes gerais da política urbana”, com as quais foram fixadas normas “de ordem pública e interesse social

¹⁹⁹ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; h) a exposição da população a riscos de desastres naturais; (Incluído pela Medida Provisória nº 547, de 2011); h) a exposição da população a riscos de desastres. (Incluído dada pela Lei nº 12.608, de 2012); VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda; mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social. XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais. (Incluído pela Lei nº 12.836, de 2013) XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento. (Incluído pela

que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”.

Os Municípios do Brasil inteiro passaram a editar os seus planos diretores. No Município do Rio de Janeiro, a Lei Complementar 111, de 01/02/11, dispõe sobre “política urbana e ambiental e institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Sustentável do Município do Rio de Janeiro”, sendo a mobilidade urbana um dos focos de preocupação dessa disciplina jurídica.

É nesse ambiente de racionalização urbanística que surgem os complexos multiusos, candidatando-se como alternativa para os problemas de mobilidade nas grandes metrópoles do mundo, de modo a criar espaços que congreguem atividades diversificadas e assim reduza o deslocamento urbano. Reúnem-se então espaços destinados, ao mesmo tempo, a moradia, serviços, trabalho e lazer.

3.2.1 Espécies de *mixed-use development*: *building mixed-use* vs. *complex mixed-use* (complexo multiuso)

Propõe-se inicialmente diferenciar²⁰⁰ duas estruturas pelas quais se desenvolve essa tendência urbanística, em função dos desafios que cada um desses arranjos suscita, formando o gênero *mixed-use development*²⁰¹ : i) *building mixed-use* (edifício de uso misto) e *complex mixed-use* (complexo multiuso).

Verifica-se no *building mixed-use* (edifício de uso misto) a estratégica reunião de diversas atividades distribuídas pelos andares de um mesmo edifício (ex. andares *home, corporate, business, stores e hotéis*).

Pelo *complex mixed-use* (complexo multiuso), cria-se área imobiliária de convivência com construções diversas, reunindo prédios residenciais, empresariais, hotéis, *shoppings*

Lei nº 13.116, de 2015)

²⁰⁰ Na experiência norte-americana encontram-se outros formatos: i) Bairro zoneamento comercial - produtos e serviços, tais como lojas de conveniência, permitidos em áreas residenciais; ii) *Main Street* residencial e comercial, onde 2-3 andares de prédios com unidades residenciais acima e unidades comerciais no térreo de frente para a rua; iii) *Urban* residencial/comercial - com vários andares do edifício residencial com o uso comercial e cívicos no piso térreo; iv) Conveniência do escritório - edifícios de escritórios com pequeno varejo e serviço com uso orientado para os trabalhadores dos escritórios; v) Escritório/residencial - unidades residenciais multifamiliares dentro de um edifício de escritórios (s); vi) *Shopping* - unidades residenciais e/ou escritório adicionados (ao lado) para um *shopping* independente existente; vii) *Retrofit* distrito de varejo - a adaptação de uma área suburbana de varejo para uma vila com a aparência e mistura de usos; viii) *Live/trabalho* - residentes podem operar pequenas empresas no piso térreo do edifício onde vivem; ix) Estúdio/indústrias leves - residentes podem operar estúdios ou pequenas oficinas no edifício onde vivem; x) Hotel/residência - misturar espaço do hotel e *high-end* residencial multifamiliar; xi) Estacionamento com estrutura de varejo no piso térreo; xii) Unifamiliar de casa geminada com *standalone* centro comercial.

²⁰¹ Na tradução livre: “desenvolvimento de uso misto”.

centers e outros, isto é, combina-se uso residencial, comercial, cultural, institucional ou industrial, onde as funções são física e funcionalmente integradas, especialmente como parte de políticas públicas urbanísticas e de mobilidade urbana. Os desafios são diversos.

No edifício *mixed-use*, destaca-se principalmente a função da convenção de condomínio como instrumento fundamental para disciplinar e viabilizar o funcionamento dinâmico do empreendimento, reforçando-se a necessidade de apontar critérios para verificar o merecimento de tutela de tal conteúdo a partir dos interesses que forem individualizados.

Basta pensar-se no controle do fluxo de pessoas pelo prédio, a recomendar que o acesso à área de lazer residencial seja feito por identificação prévia e restrita aos moradores, ao contrário dos andares *stores*. Recomenda-se igualmente a existência de portarias com acesso autônomo às áreas residenciais e empresariais, sendo desafiador, sobretudo.

Imagine-se o conflito que envolva obras realizadas na área corporativa, cuja preferência para esse fim é que sejam realizadas durante à noite, ao mesmo tempo que obras de reforma e decoração na áreas residenciais, que são realizadas durante o dia, de modo respeitar-se o fundamental direito ao sossego.

Pelo art. 1.277 do CC “o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”.

Tais interferências tomam como parâmetro o parágrafo único desse artigo, para o qual “proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”.

Natureza e localização, nesse caso, são critérios insuficientes para resolver o dilema, considerando-se que o zoneamento é misto. Recai então sobre os limites ordinários de tolerância o critério para verificar o merecimento de tutela da atividade desenvolvida e até mesmo a legalidade civil-constitucional da solução prevista pela convenção de condomínio, considerando-se que certo grau de desconforto é imanente ao *building mixed-used*, embora, por outro lado, o direito ao sossego projete-se da dignidade da pessoa humana por integrar um dos seus elementos, a justificar que a ponderação identifique quais desses interesses em colisão ocupa posição de superioridade axiológica.

Os problemas são muitos: i) o critério de contribuição condominial, que em regra baseia-se na fração ideal (art. 1.336, I, CC), admitindo-se que a área empresarial pode, por exemplo, gerar um custo superior com a utilização de mais funcionários do que os andares residenciais e energia elétrica pelo uso comercial dos elevadores. Em prestígio a vedação do

enriquecimento ilícito, o art. 1.340 do CC estabelece que “as despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve”; ii) eleição de síndico e demais membros da administração do condomínio, recomendando-se a criação de formatos administrativos coletivos, de modo a tutelar cada interesse individualmente e resolver as tensões entre eles, inclusive com a outorga de poderes a terceiro pela assembleia ou pelo síndico, conforme autoriza o art. 1348 do CC²⁰²; iii) criação de critérios específicos para a deliberação assemblear, admitindo-se quóruns e modos de participação diferentes para a realização de benfeitorias nos andares conforme o interesse envolvido, de modo a evitar, por exemplo, que o andar residencial seja obrigado a arcar na mesma proporção com os lojistas do andar *store*.

No complexo multiuso ou *mixed-use*, destaca-se antes a estrutura a ser adotada para a própria separação de espaços, que poderá ser diversificada.

Em primeiro lugar, o parcelamento do solo urbano, baseado na Lei 6.766/79. As construções existentes em cada lote irão desenvolver as atividades residenciais e empresariais que compõem o projeto *mixed-use*. O problema é que as vias de circulação são transferidas para o poder público, a recomendar a criação de associação entre os diversos condomínios para disciplinar o projeto comum e conciliar os interesses envolvidos, realidade complexa de múltiplos interesses que recomenda constar na convenção de condomínio de cada edifício.

Em segundo lugar, o condomínio edilício, com base no art. 8º da Lei 8.245/91, hipótese em que surgirão vias internas e particulares de circulação entre os prédios sem transferência para o poder público, aumentando a sensação de conforto e segurança. Nesse caso, as unidades de cada edifício terão fração ideal correspondente no terreno, cabendo à convenção de condomínio disciplinar os desafios em torno da forma de rateio, administração e os direitos e deveres dos condôminos.

Em terceiro lugar, o condomínio de lotes urbanos, de modo que cada lote poderia ser alienado até mesmo para empreendedores diferentes, que executariam o plano elaborado pelo incorporador visando à criação do *mixed-use*. Discute-se, nesse caso, como visto no item X, a própria admissibilidade desse condomínio, em virtude da ausência de edificação, fruto de um apego subsuntivo e formalista próprio do positivismo jurídico, distanciando-se da

²⁰² Art. 1.348. Compete ao síndico:

...

§ 1o Poderá a assembleia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação.

§ 2o O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembléia, salvo disposição em contrário da convenção.

metodologia civil constitucional e inviabilizando a realização de interesse merecedor de tutela por concretizar importante planejamento urbano.

Em quarto lugar, a expansão de *shoppings center* por empreendedores que buscam “o incremento do tráfego de pessoas na área de influência do centro de compras e, por vezes, também o financiamento de sua construção, com o resultado, por exemplo, da incorporação imobiliária das salas comerciais, ou da celebração dos negócios pertinentes ao projeto hoteleiro ou universitário”.

Nesse caso, a divisão administrativa do complexo é feita por meio de blocos e setores. Tecnicamente não ocorre a criação de subcondomínios, até porque tal concepção esbarraria na ausência de previsão legal (taxatividade dos direitos reais), sendo, isto sim, admitida com base no poder conferido para a autonomia privada moldar a estrutura do condomínio edilício (tipicidade dos direitos reais) e criar novos modos de administração.

Dito de outro modo, o art. 1.334 do CC, concretizando a autonomia privada, autoriza expressamente que os condôminos prevejam para a convenção outras cláusulas “que os interessados houverem por bem estipular”, além dos requisitos legais previstos nos incisos daquele artigo.

No exemplo do *shopping center*, pode haver expansão da construção ou construção de área nova, impondo-se o recálculo das frações ideais, caso o *shopping center* esteja estruturado como condomínio edilício, ou, como admitimos neste trabalho, que surja um condomínio edilício de único dono. Nesse caso, cada loja do *shopping center* e cada espaço criado, como salas comerciais, quartos de hotéis ou apartamentos residenciais formarão unidades autônomas, cada qual com fração ideal no terreno e sendo discriminadas as áreas comuns.

Observe-se que o interessado em unidade não adquire isoladamente um apartamento, loja ou sala. Para esse fim, existem os projetos convencionais. Vê-se que por esse novo desenho, criador de inovadora estrutura condominial, o interesse do adquirente é tornar-se condômino de um *building mixed-used*, isto é, unidade inserida no arranjo que envolve o projeto do complexo multiuso.

Não há problema algum em considerar os corredores de circulação do *shopping* como áreas comuns, assim como seriam as áreas de circulação do centro médico ou do hotel que formam o complexo multiuso. Todavia, os interesses envolvidos recaem sobre cada setor isoladamente, de modo que não faria sentido algum o empreendedor do *shopping center* ser ouvido sobre benfeitorias do centro médico ou estes profissionais participarem de deliberações estratégicas envolvendo as áreas comuns do *shopping center*.

O art. 1.340 do CC admite expressamente o uso exclusivo de partes comuns ao prever que “as despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve”. Por sua vez, o art. 1334 do CC autoriza expressamente a criação de cláusulas da convenção com base na autonomia privada. Desse modo, é lícito que a convenção estabeleça que as deliberações de cada setor do complexo multiuso, que envolva a administração da atividade ali desenvolvida, sejam tomadas somente pelos condôminos que possuam interesse na respectiva área.

3.3 Condomínio de hotel (condo-hotel)

O crescimento do turismo profissional e de lazer estimulou a expansão do segmento de hotelaria por todos os continentes. Para facilitar a captação de recursos, uma das causas para a timidez dessa atividade no Brasil²⁰³, desenvolveu-se nova opção de investimento consistente em empreendimentos hoteleiros denominados como condomínio de hotéis ou simplesmente condo-hotéis²⁰⁴, permitindo a qualquer pessoa tornar-se parte da operação econômico-financeira na qualidade de coproprietário da construção onde o hotel desenvolve-se, compartilhando receitas, despesas e resultados.

Concebe-se estrutura proprietária e negocial pela qual a *expertise* necessária a operação hoteleira passa a ser coordenada por terceiros que prestarão serviços para o condomínio, ente proprietário do imóvel e dono da operação econômica nele desenvolvida, assim funcionalizando social e economicamente o direito real de copropriedade, em observância estrita a legalidade civil constitucional (art. 5º, XXIII e art. 1.228, § 1º, do CC).

A estrutura da operação, que molda o conteúdo da copropriedade, desenvolve-se por negócios jurídicos²⁰⁵ que irão regular o funcionamento do condomínio e a relação entre os condôminos e também com terceiros, para além da normativa civil e constitucional, como autoriza a autonomia privada. E assim assiste-se velha estrutura condominial revigorar-se pelo cumprimento de nova função.

Parte-se obrigatoriamente da função para a qual é concebido o condomínio hoteleiro, adotando-se a premissa de que a estrutura é moldada a partir da função desenvolvida, podendo a mesma estrutura condominial desempenhar diversificadas funções. Constitui dever do

²⁰³ Verifica-se as seguintes taxas de ocupação: i) 2011 = 69.5%; ii) 2012 = 65.6%; iii) 2013 = 65.9% (fonte: fohb.com.br, consulta em 23/06/15))

²⁰⁴ Há ainda os condo-resorts, onde nem todas as unidades fazem parte do pool.

²⁰⁵ São muitos, como mostram os seguintes e não exaustivos exemplos: i) promessa de compra e venda; ii) empréstimo e alienação fiduciária em garantia; iii) contrato de sociedade em conta de participação; iv) contrato de prestação de serviços com operadora hoteleira; v) locação dos quartos.

jurista debruçar-se sobre cada novo acontecimento e construir a síntese global dos interesses sobre o qual incide o fato, objeto da sua investigação. Tal fato pode ser disciplinado por esquemas típicos ou ser moldado pela autonomia privada. Em outros casos, a legislação oferece uma estrutura básica e a liberdade negocial complementa a disciplina.

Torna-se então relevante verificar os limites para a criação dessa disciplina negocial, a impor-se a verificação do merecimento de tutela das cláusulas que são estipuladas, sempre a partir da função concebida para esta estrutura, assinalando os limites para o merecimento de proteção no exercício da autonomia privada. É o caso da cláusula que estipula, nos condóminos que adotam a estrutura do condomínio geral voluntário, a vedação de alienação da fração ideal, em clara inobservância do artigo 1314 do CC, por exigindo-se verificar se a faculdade de alienar constitui elemento essencial ou acessório da estrutura condominial geral.

Esse procedimento de verificação da legitimidade do exercício da autonomia privada parte da função para individuar a normativa do caso concreto. Para tanto, admite-se que o fato não representa noção pré-jurídica, a partir do qual será feita a qualificação, em apego ao tradicional procedimento subsuntivo, que o engessa por meio de esquemas legislativos rígidos, desatentos a normativa mais adequada com os interesses e os valores em jogo.

Durante sua qualificação, verificam-se os meios necessários para identificar a função do fato. Busca-se a definição dos efeitos caracterizadores do instituto, que dividem-se em efeitos: i) essenciais para a caracterização de certa categoria jurídica; ii) acidentais, ainda que sejam típicos, que não constituem efeito caracterizador da sua função.

Na realidade, a operação do condo-hotel antecede a construção e inicia-se a partir de um planejamento estratégico. E tal realidade cria importante dever para o coordenador, que é realizar um estudo de viabilidade²⁰⁶ econômica-financeira da atividade de hotelaria para apresentar aos interessados em adquirir, tomando como base especificamente o mercado existente e suas potencialidades.

Cria-se obrigação de meio e não de resultado para o coordenador, a partir das expectativas de retorno, considerando especialmente o fato de que o sucesso do empreendimento depende da conjunção de diversas circunstâncias que precisam confluir para o mesmo fim. Por outro lado, não afasta-se a responsabilidade do coordenador em caso de falhas nos estudos de viabilidade ou mesmo na indicação da operadora que irá gerir a atividade hotelaria.

²⁰⁶ São estudos que apresentam dados diversos, tais como: i) classificação qualitativa da construção e localização (acessibilidade, proximidade de potenciais geradores de demanda); ii) número de concorrentes existentes na região; iii) características dos concorrentes e número de quartos ofertados; iv) estimativa de ocupação; v) projeções de receitas e resultados;

3.3.1 Condo-hotel e ativos: propriedade e fundo empresarial

O condo-hotel pode ser compreendido como um investimento duplo: i) copropriedade imobiliária; ii) cotitularidade do fundo empresarial que é criado a partir da propriedade imobiliária. Os investidores, coproprietários e cotitulares do fundo empresarial, buscam o retorno financeiro que o desenvolvimento da atividade hoteleira pode proporcionar. E assim torna-se desafio central desenvolver negócio com características estratégicas e geralmente desconhecidas dos próprios investidores. Nesse caso, a propriedade do imóvel e a titularidade do fundo empresarial não pertencem ao gestor do negócio, impondo-se então a necessidade de adotar a estrutura jurídica proprietária adequada e realizar múltiplos negócios jurídicos para propulsionar a operação.

Para a qualificação do condomínio de hotel, nota-se que o direito real de propriedade passa a coexistir com o fundo empresarial criado a partir dessa estrutura proprietária. Cada hotel possui marca, insígnia, aviamento, clientela, freguesia, título de estabelecimento e outros elementos corpóreos e incorpóreos que formam o seu autônomo fundo empresarial. Essa aptidão para gerar riquezas é concebida a partir do eixo central da propriedade imobiliária e os móveis que lhe guarnecem. Não consiste a operação em quartos isoladamente considerados, mas em *pool* formado entre as unidades que são funcionalizadas para o específico propósito hoteleiro.

A compreensão desta criação exige este olhar dúplice, pois o investidor não busca simplesmente a propriedade de unidade localizada em um edifício comercial, mas sim torna-se parte da operação hoteleira, senão como sócio, pois em geral não existe pessoa jurídica proprietária, ao menos na qualidade de condômino. Pouco importaria para o condômino ser coproprietário de um edifício, se a operação econômica, que o levou a adquirir o direito real de propriedade, fosse transferida para outro lugar, retirando a função prática-jurídica proprietária-hoteleira.

Torna-se a propriedade, assim, somente um dos elementos de mobilização de uma operação muito mais ampla, que tem na titularidade do direito real de copropriedade uma proposta aparente de garantir o investimento e assim dar o *start* da operação. Diz-se aparente porque, havendo um condomínio, naturalmente o custo da operação será suportado e rateado entre os condôminos, de modo que o malogro pode impor o pagamento de despesas sem a contrapartida da receita.

Para compreender a complexidade do projeto, basta pensar que numa das formas possíveis de estruturar a operação os condôminos locam a totalidade das unidades para

sociedade hoteleira, com as inseparáveis áreas comuns, sendo o aluguel correspondente a percentual incidente sobre o resultado operacional positivo com o desenvolvimento da atividade hoteleira.

Do mesmo modo, e para além do lucro obtido com o resultado positivo, a operadora hoteleira desenvolverá os elementos corpóreos e incorpóreos sobre os quais recai a atividade, formando o fundo empresarial que pertencerá aos proprietários-investidores. Destaca-se a profunda desvantagem da extinção do contrato de locação gerar como consequência a cessação do direito a utilização da bandeira - em geral tradicional, com credibilidade de serviços continental ou mundial e isoladamente dotada de elevada capacidade para atrair e fidelizar clientela.²⁰⁷.

²⁰⁷ Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 14 (de maio de 2004): Dispõe sobre a tributação das atividades do sistema de locação conjunta de unidades imobiliárias denominado de pool hoteleiro.

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o inciso III do art. 209 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, tendo em vista o disposto nos arts. 148, 149, 254, 654, 662 e 666, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 - Regulamento do Imposto de Renda (RIR, de 1999), o disposto no caput do art. 57 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, o disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, com as alterações do art. 2º da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, no art. 1º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, com as alterações do art. 25 da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, e no art. 1º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, e o que consta do processo no 19615.000103/2003-21, declara: “Artigo Único. No sistema de locação conjunta de unidades imobiliárias denominado de pool hoteleiro, constitui-se, independentemente de qualquer formalidade, Sociedade em Conta de Participação (SCP) com o objetivo de lucro comum, onde a administradora (empresa hoteleira) é a sócia ostensiva e os proprietários das unidades imobiliárias integrantes do pool são os sócios ocultos.

§ 1º As SCP são equiparadas às pessoas jurídicas pela legislação do Imposto de Renda, e, como tais, são contribuintes do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

§ 2º Na apuração das bases de cálculo do imposto e das contribuições referidas no § 1o, devidas pela aludida sociedade, bem como na distribuição dos lucros, serão observadas as normas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral.

§ 3º São receitas ou resultados próprios da SCP, exemplificativamente, sujeitando-se às normas de tributação específicas do IRPJ, da CSLL, da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins: as diárias, semanadas ou aluguéis, relativos às unidades integrantes do pool hoteleiro, inclusive de áreas de restaurantes, salão de convenções, lojas, etc., também integrantes do sistema de locação conjunta; os preços dos serviços prestados, os impostos e taxas incidentes sobre os imóveis, e os demais encargos locatícios, se cobrados, pela administradora, destacadamente das diárias, semanadas ou aluguéis; as indenizações recebidas por extravios e danos causados às unidades; as multas e juros de mora; o resultado das aplicações dos saldos financeiros da sociedade.

§ 4º É a administradora (empresa hoteleira), na qualidade de sócia ostensiva, a responsável pelo recolhimento do imposto e das contribuições devidas pela SCP, sem prejuízo do recolhimento do imposto e das contribuições incidentes sobre suas próprias receitas ou resultados.

§ 5º Deverão ser observadas as demais normas específicas da legislação do imposto de renda e das contribuições sociais, aplicáveis às SCP”.

3.3.2 O poder regulatório da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)

Embora não seja objetivo deste trabalho avançar sobre o específico campo do direito regulatório, sobretudo por representar especialização do direito público, é importante observar que a potencial atração do poder regulatório da CVM recai sobre oferta pública a partir de relação jurídica privada entre empreendedor (coordenador da operação econômica e responsável pela oferta pública de participação em empreendimento hoteleiro) e investidor, reforçada, ainda, pela possibilidade dessa relação ficar sujeita também a tutela do Código de Defesa do Consumidor²⁰⁸.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) foi criada pela Lei 6.385/76²⁰⁹. Tal legislação dispôs também, como antecedente lógico, sobre o próprio “mercado de valores mobiliários”. Previu-se certo grau de independência ao estruturar a CVM como entidade autárquica em regime especial, de modo que, embora vinculada ao Ministério da Fazenda, mostra-se dotada de personalidade jurídica, patrimônio próprio, autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira e orçamentária”.

Criaram-se órgãos²¹⁰ essenciais para a administração e funcionamento de tal estrutura: i) presidência; ii) quatro diretorias (recebem mandato de 5 anos, vedada a recondução e obrigatória a renovação anual de um quinto dos membros do colegiado). A atribuição da comissão como órgão de deliberação é disciplinada pelo seu regimento interno.

Compete a CVM, de acordo com o art. 8º da Lei 6.385/76: i) regulamentar as matérias da Lei 6.385/76²¹¹; ii) administrar os registros instituídos pela referida Lei; iii) fiscalizar

²⁰⁸ Destaque-se que a relação entre investidor e empreendedor é disciplinada por diversas Leis: 1) 4.591/64 (incorporação); 2) 10.406/02 (Condomínio Edilício); 3) 8.078/90; 4) 8.245/91. Tal realidade deriva da multiplicidade de fontes normativas que caracteriza o sistema jurídico contemporâneo, sendo isolada insuficiente para afastar a aplicação da 6.385/76, sobretudo porque o propósito desta lei é diverso, de cunho público e regulatório. Permite-se com a intervenção da CVM a garantia do que o direito americano denomina como *full and fair disclosure*, assim Como lembra o parecer da AGU emitido no processo CVM nº RJ 2014-7269 e RJ 2014-3293: “não se está diante de simples venda de bem imóvel, mas de negócio jurídico que envolve a participação nos resultados de atividade econômica exercida por terceiro, por meio de oferta dirigida ao público investidor, circunstâncias que atraem a incidência da Lei 6.385/76, lei especial que não pode ser afastada no caso, de acordo com o critério da especialidade previsto no art. 2º, § 2º da LINDB.”

²⁰⁹ Esta lei foi modificada diversas vezes, como pela Lei nº 6.422 (8 de junho de 1977), Lei nº 9.457 (5 de maio de 1997), Lei nº 10.303 (31 de outubro de 2001), Decreto nº 3.995 (31 de outubro de 2001), Lei nº 10.411 (26 de fevereiro de 2002).

²¹⁰ O Presidente da CVM e os quatro diretores são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. Exige-se, a partir da Lei nº 10.411 de 26.2.2002, que os candidatos preencham dois requisitos: i) possuir ilibada reputação; ii) ter reconhecida competência em matéria de mercado de capitais.

²¹¹ Remete-se ao art. 1º (com destaque para os incisos I e II na hipótese específica de condo-hotel), o qual prevê que “serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades: I - a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado; II - a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários; III - a negociação e intermediação no mercado de derivativos; IV - a organização, o funcionamento

permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários de que trata o art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; iv) propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado; v) fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.

Discute-se se a publicidade para venda de unidades em condo-hotel, por meio de conteúdo dirigido ao público em geral, caracteriza oferta pública²¹² de contrato de investimento coletivo e consequentemente atrai a fiscalização pela CVM, raciocínio que precisa ser desenvolvido sob duplo aspecto: i) direito real de propriedade; ii) investimento coletivo.

Sob a perspectiva do direito real de propriedade da unidade ou fração ideal, conforme o investidor faça parte de condomínio edilício ou geral voluntário, não há dúvida sobre estar caracterizado somente o investimento imobiliário, embora tal direito esteja funcionalizado a fim empresarial, descaracterizando-se por inteiro o investimento mobiliário e afastando-se a fiscalização pela CVM.

Mas será pela perspectiva da operação econômica e consequente fundo empresarial objeto do investimento que a questão necessitará ser examinada mais detidamente. E isso porque resta claro pelo arranjo de interesses a necessidade da prévia intenção em relação às ações conjuntas indispensáveis para o êxito potencial do projeto, ainda que dirigida por terceiro, sobretudo quando considerado que as características arquitetônicas-constructivas dificilmente tornaria o imóvel economicamente viável sem o acerto coletivo coordenado pelo empreendedor.

e as operações das Bolsas de Valores; V - a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Mercadorias e Futuros; VI - a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários; VII - a auditoria das companhias abertas; VIII - os serviços de consultor e analista de valores mobiliários.

²¹² O art. 19, § 3º, da Lei 6.385/76, estabelece que “caracterizam a emissão pública: I - a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público; II - a procura de subscritores ou adquirentes para os títulos por meio de empregados, agentes ou corretores; III - a negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público, ou com a utilização dos serviços públicos de comunicação”. A emissão pública, nos termos do art. 3º, IV, da Instrução CVM nº 400, caracteriza-se pela “IV - a utilização de publicidade, oral ou escrita, cartas, anúncios, avisos, especialmente através de meios de comunicação de massa ou eletrônicos (páginas ou documentos na rede mundial ou outras redes abertas de computadores e correio eletrônico), entendendo-se como tal qualquer forma de comunicação dirigida ao público em geral com o fim de promover, diretamente ou através de terceiros que atuem por conta do ofertante ou da emissora, a subscrição ou alienação de valores mobiliários”.

Para a prospecção de investidores e obtenção de recursos para a construção, adota-se em geral a estrutura da incorporação imobiliária²¹³ para a empreitada, de modo a possibilitar a alienação de unidades antes de ser iniciada a construção. Todavia, o sucesso da operação passa por uma coligação voluntária e funcional com outros negócios, cuja reunião permitirá criar ambiente propício para o sucesso do projeto.

Basta verificar a promessa de compra e venda, negócio jurídico que traduz o dever de transferir a propriedade para o investidor, tão logo seja concluída a obra. A sofisticação e complexidade da operação de condo-hotel torna esse contrato preliminar isoladamente incapaz de criar o cenário propício ao desenvolvimento da atividade empresarial pretendida.

É preciso que os demais adquirentes, reunidos por escopo comum, desejem reunir suas unidades para a formação de um *pool*, preferencialmente administrado por terceiro com *expertise* – por meio da locação do espaço ou contratação dos serviços de operadora hoteleira – e que fará o interesse coletivo sobrepor-se sobre a liberdade individual que o liberalismo individualista-oitocentista concebeu para a propriedade privada, isto é, a aquisição de unidade em condo-hotel pressupõe que o interessado em adquirir a propriedade funcionalize seu direito real para o desenvolvimento de projeto empresarial coletivo.

Nesse caso o incorporador – e a operadora hoteleira após a entrega da construção - dirige as decisões estratégicas que estão relacionadas não apenas com a própria estrutura, mas igualmente com a operacionalização e administração do futuro empreendimento hoteleiro, de modo a reduzir-se a influência do adquirente na condução do negócio, o que de certa forma mostra-se positivo, por tratar-se de investimento que deve ser conduzido por pessoas com *expertise* no mercado.

Poder-se-ia objetar a caracterização de contrato de investimento coletivo com o argumento de que a contratação é individual entre cada adquirente e o incorporador imobiliário e não coletiva entre os adquirentes, o que realmente é verdadeiro, mas somente do ponto de vista estrutural e não sob o perfil funcional da propriedade.

O certo é que estas promessas de compra e venda possuem outros deveres jurídicos para além daquele dever de celebrar o contrato definitivo. Destacam-se deveres para os adquirentes, traduzindo interesse legítimo, qual seja o de inserir sua unidade em *pool* que será operado por profissional experimentado no segmento hoteleiro. Enfim, embora haja um só

²¹³ Embora útil para atrair capital para a execução do projeto, a incorporação imobiliária não é indispensável por dois fatores centrais: i) o condo-hotel pode adotar a estrutura do condomínio geral voluntário, pela venda de frações ideais; ii) o empreendedor pode construir com recursos próprios e deixar para alienar as unidades após da construção.

instrumento, sob a rubrica promessa de compra e venda, muitas vezes existirão conteúdos jurídicos obrigacionais diversos.

E mais pragmaticamente, a própria disciplina jurídica do valor mobiliário inclui no art. 2º²¹⁴, IX, da Lei 6.385/76, a “oferta pública” de “contrato de investimento coletivo”, trazendo um acréscimo funcional para o conceito ao referir-se a necessidade de tal contrato gerar “direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros”.

Reitere-se que embora haja o costume de definir somente como promessa de compra, este instrumento pode materializar arranjos de outros interesses, caracterizadores de “participação” em projeto coletivo, do qual possivelmente resultará “prestação de serviços”, cujos rendimentos serão obtidos precipuamente pela atuação de “terceiros” indicados pelo empreendedor.

Diferente seria a hipótese de um incorporador simplesmente lançar empreendimento imobiliário com característica arquitetônica hoteleira, sem iniciar a coordenação da operação econômica por meio da vinculação entre os adquirentes em relação ao *pool* de unidades ainda por formar-se. Dito de outro modo, após a constituição do condomínio edilício, caberia somente aos adquirentes decidir se desejariam iniciar a operação hoteleira, locando o imóvel ou contratando os serviços de operadora, enfim, escolhendo-se a estrutura que melhor lhes conviesse.

A caracterização do art. 2º, IX, da Lei 6.385/76, resulta de inspiração norte-americana, especificamente em decisão da Suprema Corte dos EUA²¹⁵ em torno do conceito de *security*, exigindo-se a presença de cinco elementos²¹⁶: i) entrega de poupança com intuito de realizar investimento; ii) irrelevância da natureza do instrumento pelo qual o investimento é realizado, ou seja, se um contrato ou um conjunto de contratos; iii) investimento coletivo, isto é, vários investidores realizam investimento comum; iv) expectativa de lucro do investimento, incluindo qualquer tipo de ganho; v) o lucro deve ter origem exclusiva nos esforços do empreendedor ou de terceiros, que não o investidor.

²¹⁴ A CVM, ao julgar o processo 2007.11.593, desenvolveu abordagem histórica do conceito de valor mobiliário, revela que o caráter taxativo do art. 2º da Lei 6.36.385/76, inicialmente pensado para trazer previsibilidade ao mercado, precisava acompanhar a velocidade com que surgiam novos formatos de investimento. A possibilidade do Conselho Monetário Nacional adotar lista mais flexível foi o primeiro passo, seguido da adoção da MP 1.637/98, responsável pela definição mais fluida de valor mobiliário, “apto a abarcar praticamente todas as hipóteses de captação em massa da poupança popular”.

²¹⁵ O *leading case* é o caso *SEC v. W. J. Howey Company*, onde adotou-se “princípio flexível e não estático” para alcançar os “variáveis e incontáveis arranjos criados por aqueles que captam dinheiro de terceiros” (Processo CVM nº RJ 2007/11.593).

²¹⁶ Esses pressupostos correspondem a orientação da doutrina e jurisprudência norte-americana, conforme aponta a decisão proferida no Processo CVM nº RJ 2007/11.593.

De acordo com o art. 19 da Lei 6.385/76, “nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na comissão”, fazendo com que a companhia emissora realize a *full and fair disclosure*²¹⁷, especialmente revelando para o mercado sua situação econômica e financeira e assim possibilitando aos investidores uma avaliação correta dos títulos oferecidos e os riscos que serão assumidos.

De qualquer modo, o art. 4º da Instrução normativa 400 da CVM²¹⁸ estabelece que “considerando as características da oferta pública de distribuição de valores mobiliários, a CVM poderá²¹⁹, a seu critério e sempre observados o interesse público, a adequada informação e a proteção ao investidor, dispensar o registro ou alguns dos requisitos, inclusive divulgações, prazos e procedimentos previstos nesta Instrução”.

Para tanto, o § 1º desse artigo 4º prevê que “na dispensa mencionada no caput, a CVM considerará, cumulativa ou isoladamente, as seguintes condições especiais da operação pretendida: I – Revogado pela Instrução CVM nº 482, de 5 de abril de 2010; II - o valor unitário dos valores mobiliários ofertados ou o valor total da oferta; III - o plano de distribuição dos valores mobiliários (art. 33, § 3º); IV - a distribuição se realizar em mais de uma jurisdição, de forma a compatibilizar os diferentes procedimentos envolvidos, desde que assegurada, no mínimo, a igualdade de condições com os investidores locais; V - características da oferta de permuta; VI - o público destinatário da oferta, inclusive quanto à sua localidade geográfica ou quantidade; ou VII - ser dirigida exclusivamente a investidores qualificados²²⁰.

3.3.3 Estruturas principais

Pela sofisticação da operação econômica, naturalmente torna-se necessário eleger alguém com *expertise* para coordenar a atividade. Afinal, a proposta do condo-hotel é criar

²¹⁷ Na tradução livre: “divulgação completa e justa”.

²¹⁸ Caput com redação dada pela Instrução CVM no 548, de 6 de maio de 2014

²¹⁹ §2º O pedido de dispensa de registro ou de requisitos do registro será formulado pelo ofertante, e pela instituição intermediária, se for o caso, em documento fundamentado, nos termos do Anexo I, que conterá as justificativas identificadas pelos requerentes para a concessão da dispensa, aplicando-se na análise os prazos previstos nos arts. 8º e 9º.

²²⁰ Nesse caso, o § 2º prevê que “§ 4º Na hipótese de dispensa de requisitos de registro com base no inciso VII do § 1º, deverá ser, adicionalmente, observado o seguinte: I - o ofertante apresentará à CVM, juntamente com o pedido fundamentado mencionado no § 2º deste artigo, modelo de declaração a ser firmado pelos subscritores ou adquirentes, conforme o caso, da qual deverá constar, obrigatoriamente, que: a) têm conhecimento e experiência em finanças e negócios suficientes para avaliar os riscos e o conteúdo da oferta e que são capazes de assumir tais riscos; b) tiveram amplo acesso às informações que julgaram necessárias e suficientes para a decisão de investimento, notadamente aquelas normalmente fornecidas no Prospecto; e c) têm conhecimento de que se trata de hipótese de dispensa de registro ou de requisitos, conforme o caso.

nova alternativa de investimento por meio da compra e venda de frações ideais por pessoas diferentes que serão reunidas para desenvolver um propósito econômico comum, adotando-se a estrutura condominial e repartindo-se os lucros obtido com a operação econômica hoteleira.

De modo que o incorporador do condo-hotel promete entregar bem mais do que a construção. Vê-se que o contrato preliminar não promete celebrar apenas uma compra e venda tão logo seja concedido e averbado o habite-se da construção (obrigação de fazer), mas igualmente criar os negócios jurídicos funcionalmente coligados²²¹ para viabilizar a operação econômica.

Destacam-se entre eles os contratos celebrados com o *asset management* e com a operadora hoteleira com *expertise* para administrar o hotel. A esta última compete, dentre outras funções: i) organizar e funcionalizar o *pool* de unidades; ii) ceder o direito de uso de marca notória, se não for o caso de criação de marca própria; iii) fazer as contratações com os usuários dos serviços hoteleiros; iv) gerenciar a complexidade de atividades indispensáveis ao funcionamento; v) elaborar e divulgar as informações financeiras; vi) verificar a conformidade do funcionamento com a legislação federal, estadual e municipal ou distrital; vii) prestar contas;

Ou seja: o condomínio celebrará um contrato de prestação de serviços com a administradora hoteleira, caso não prefira alugar o espaço para ser explorado pelo locatário. Porém, a coordenação desta contratação, indispensável ao êxito do empreendimento, competirá ao próprio incorporador, a revelar que a complexidade e sofisticação da operação extrapola em muito a simples entrega de construção.

Em alguns casos, a divulgação do empreendimento já está associada a determinada marca com tradição e credibilidade no mercado. Neste caso, pode ser celebrado previamente o contrato com a operadora pelo próprio incorporador, para mostrar aos interessados o compromisso assumido de gerir a operação, o que pode ser feito por estruturas jurídicas diversas: i) promessa unilateral de contratar (art. 466 do CC); ii) cessão do contrato já celebrado com a incorporadora (art. 425 do CC); iii) sub-rogação convencional, se houver pagamento a realizar (art. 347 do CC); iv) contrato com pessoa a declarar (art. 467 do CC).

Tradicionalmente, utilizou-se a forma societária, distribuindo-se proporcionalmente entre os investidores sua participação no capital social, havendo propriedade exclusiva pela

²²¹ Sobre a coligação contratual, confira-se as obras de Eduardo Takemi Kataoka e Carlos Nelson Konder (KATAOKA, Eduardo Takemi. *A Coligação Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos. Grupos de Contratos, Redes Contratuais e Contratos Coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

pessoa jurídica. Atualmente, adota-se o condomínio para atribuir-lhe esta função empresária, com duas estruturas principais, que serão examinadas separadamente: i) condomínio edilício; ii) condomínio geral voluntário.

3.3.3.1 Condomínio edilício

O condomínio edilício caracteriza-se pela coexistência simbiótica, em um mesmo espaço, de partes exclusivas (ex. quartos) e comuns (ex. *lobby* do hotel, piscina, sauna, restaurante e outros). Destaca-se com tal estrutura, em primeiro lugar, a limitação voluntária do proprietário da unidade localizada em condo-hotel, reforçando a ligação harmoniosa entre propriedade e autonomia privada, considerando que o condômino não poderá usar pessoalmente sua própria unidade, faculdade que não é exercida individualmente em benefício do *pool*.

Tal premissa não assinala a renúncia ao direito de uso, elemento imanente a estrutura e função proprietária (art. 1228 do CC). Na realidade, limita-se somente o uso pessoal da unidade, embora persista o exercício da faculdade de usar economicamente o bem, especificamente visando sua fruição, por meio da inserção da unidade no *pool*, com vistas ao resultado financeiro que a reunião de interesses dos investidores deseja canalizar em torno de uma função social e econômica comum.

Destaca-se, em segundo lugar, que as próprias partes comuns, somadas às exclusivas, estão funcionalizadas a fim empresarial específico. E então surge um fundo empresarial, assim entendido o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que viabilizam o desenvolvimento da atividade empresarial hoteleira. Essa aptidão para produzir riquezas própria do aviamento do hotel constitui o foco principal do adquirente-investidor.

E assim percebe-se que o valor de cada unidade só pode ser apurado nesse contexto inclusivo do fundo empresarial somado a propriedade imobiliária. Basta pensar na hipótese da marca criada para o condo-hotel vir a tornar-se mundialmente conhecida e reconhecida como símbolo de *status*, bons serviços e sofisticação, podendo ultrapassar em muito o próprio valor das unidades imobiliárias. Então, tornar-se-ia o condomínio, integrado pelo adquirente, titular de dois bens jurídicos autônomos, um deles civil (propriedade) e outro empresarial (fundo empresarial criado e desenvolvido para o hotel).

A estrutura condominial edilícia apresenta outras vantagens. Com relação ao projeto de construção do hotel, o empresário, ou sociedade empresária, que concebe o condo-hotel, não precisa alocar recursos próprios e construir para, somente depois, poder alienar unidades

do condomínio edilício criado. Permite-se que sejam negociadas, em geral por meio de contratos preliminares, unidades antes ou durante a construção, caracterizando a atividade de incorporação imobiliária. Esta categoria exige a adoção do regime condominial edilício, (artigo 28 da Lei 4.591/64), configurando-se o incorporador a partir dos contornos do art. 29 da referida Lei.

A vantagem é dúplice. Para o incorporador, por ficar dispensado de obter recursos próprios, podendo obtê-los junto aos adquirentes e instituições financeiras, podendo utilizar o terreno e eventual acessão para criar diversificadas modalidades de garantia²²². Para os adquirentes, por submeter a construção a disciplina da Lei 4.591/64, importante instrumento de proteção contra os riscos próprios da aquisição antes de o imóvel estar construído. Desta forma, impõe-se, exemplificativamente, o registro do memorial de incorporação, dossiê pelo qual serão discriminadas as principais características da construção.

Nota-se, mais especificamente, a adoção da modalidade de incorporação imobiliária direta²²³, disciplinada pelo art. 43 da Lei 4.591/64, com a contratação da entrega da unidade “a prazo e preços certos”. Por esta forma, e para além das demais exigências impostas aos incorporadores em geral, incumbe ao incorporador: i) informar o andamento da obra a cada seis meses; ii) responder pelo atraso ou não conclusão da obra, assim como pelos problemas decorrentes da sua execução, ainda que não seja o construtor, para quem terceirizou a atividade; iii) não alterar o projeto de construção; iv) suportar os riscos de ser destituído pelos adquirentes, em caso de atraso superior a 30 dias;

Por outro lado, esta modalidade de condo-hotel fica submetida igualmente a disciplina dos artigos 1331 a 1358 do Código Civil. O condomínio edilício será instituído por ato entre vivos ou testamento, com a discriminação e individuação das unidades e das partes comuns, a fração ideal atribuída a cada unidade relativamente ao terreno e as áreas comuns e o fim a que se destina a edificação (art. 1332 do CC), o que é feito durante o processo de incorporação imobiliária.

Esta estrutura assinala importante vantagem para o investidor, pois autoriza a livre alienação da unidade, sem necessidade de oferecer preferência aos demais condôminos (art. 1.331, § 1º, do CC). E, inexoravelmente, a faculdade de fruir o fundo empresarial titularizado pelo condomínio que o adquirente passa a integrar. Esta alteração não afeta o projeto, por

²²² Prevê a Súmula 308 do STJ: “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”

²²³ Sobre as distinções, em outra sede, confira-se AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Incorporação Imobiliária in AZEVEDO, Fábio de Oliveira & MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito Imobiliário. Escritos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015.

estar relacionada basicamente ao destinatário do resultado, isto é, em nada afeta a dinâmica do hotel. Todavia, em relação às áreas comuns, cuja possibilidade de alienação colocaria em risco a própria sobrevivência da operação, tem-se a proteção legal de que são inalienáveis separadamente da unidade e indivisíveis (art. 1331, § 2º, do CC). E, além do mais, são inseparáveis da unidade, assim como ocorre em relação a fração ideal e as partes acessórias (art. 1339 do CC), embora a parte acessória possa ser alienada para outro condômino, embora a convenção de condomínio e a assembleia possam proibir sua alienação para terceiro.

Depois, ocorrerá a constituição do condo-hotel, por meio da convenção de condomínio, a exigir o quórum mínimo de 2/3 dos titulares das frações ideais (art. 1333 do CC). O ato de instituição confere existência ao condo hotel, enquanto a constituição possibilita a disciplina jurídica por meio da convenção de condomínio e do Código Civil. Este ato jurídico convencional precisa observar a forma pública ou particular e ser levado ao registro imobiliário para ter eficácia em relação a terceiros (art. 1.331, p.u., do CC). A convenção, além das exigências do ato de instituição, precisa incluir obrigatoriamente: i) quota e modo de pagamento das contribuições; ii) forma de administração; iii) competência, quórum e modo de convocação das assembleias; iv) sanções; v) regimento interno.

Destaca-se na adoção do condomínio edilício a existência de uma disciplina mais específica, como é o caso da obrigatória assembleia ordinária, que deve ser realizada anualmente (art. 1350 do CC) e a eleição de um síndico que irá ser responsável pela administração do condomínio, formando um corpo diretivo junto com o subsíndico, conselho consultivo e conselho fiscal.

A liberdade para definir a forma de administração do condo-hotel, reconhecida pela legislação, soma-se a previsão legal (art. 1333 do CC) de que a convenção do condo-hotel se sujeita às imposições do Código Civil e das cláusulas “que os interessados houverem por bem estipular”, a ressaltar expressamente a liberdade conferida pela autonomia privada, que encontra sede constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana e na livre iniciativa privada.

Na hipótese específica do condo-hotel, em razão da *expertise* que lhe é necessária, esta liberdade, autorizada legalmente, conduz à concepção da operadora hoteleira. O problema é que legalmente a administração do condomínio compete ao síndico, com deveres criados pela convenção e pela lei, como exemplifica minimamente o art. 1348 do CC: i) representar ativa e passivamente o condomínio, praticando os atos necessários à defesa do condomínio, em juízo ou fora dele; ii) comunicar a assembleia sobre a existência de procedimento judicial ou administrativo de interesse do condomínio; iii) convocar a assembleia; iv) fazer cumprir a

convenção; v) diligenciar a conservação e guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores; vi) elaborar orçamento da receita e despesa anual; v) cobrar as contribuições dos condôminos; vi) prestar contas a assembleia.

Recomenda-se que convenções de condomínio prevejam que alguns desses atos devam ser desenvolvidos diretamente pela operadora de hotelaria e não pelo síndico, a quem se atribui a função de fiscalizá-la, em tese contrariando as funções definidas pelo Código Civil. Para facilitar o diálogo entre a administradora de condomínio e o síndico, concebe-se ainda a figura do *Asset Manager*, gestor de ativos com experiência hoteleira que auxilia e fiscaliza as funções administrativas do hotel. Resta saber, então, se são delegáveis as funções do síndico, para assinalar o merecimento de tutela dessa cláusula da convenção de condomínio.

Nessa linha, observa-se que o § 1º do art. 1348 do CC estabelece que a assembleia pode “investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação”. E prevê o § 2º do CC que o síndico pode diretamente “transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembleia, salvo disposição em contrário da convenção”. E assim conclui-se favoravelmente a legitimidade da previsão, indispensável para que esta estrutura proprietária condominial possa desempenhar sua função e tutelar os interesses envolvidos concretamente.

Não bastasse isso, verifica-se que não apenas a aprovação (art. 1333 do CC), mas igualmente a alteração (art. 1351 do CC) da convenção de condomínio exige quórum qualificado de 2/3 dos titulares de frações ideais. A assembleia pode deliberar pelo quórum de maioria simples em segunda convocação (art. 1351 do CC). Por mais razão, também estará autorizada a outorgar poderes de representação, de modo que merece tutela a regra da convenção de condomínio que preveja esta transferência.

De qualquer forma, para exercer a função de síndico não é preciso ser condômino (art. 1347 do CC), de modo que pode a operadora hoteleira ser eleita para exercer a função de síndico, sendo para tanto remunerada pelos serviços que irá prestar, mas com o inconveniente da limitação ao curto prazo de 2 anos, a exigir uma potencialmente complexa e arriscada reeleição ao fim do biênio, com sérios riscos para o projeto empresário e o *pool*. Neste sentido, parece mais interessante para a operação que o condomínio edilício celebre um contrato de prestação de serviços com a operadora hoteleira por um prazo superior²²⁴, de

²²⁴ O art. 598 do CC estabelece que: “A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra.” Tal artigo foi interpretado em consonância com as necessidades sociais e econômicas do século atual e justificou a aprovação do Enunciado 32 da I Jornada de Direito Comercial realizada pelo CJF – Conselho

modo a não permitir que divergências entre os condôminos coloquem em risco o *pool* econômico.

Mais complexa é a discussão em torno da mecânica adotada para criar tal estrutura. A operadora hoteleira é pessoa jurídica indicada pelo próprio incorporador, o que retira dos condôminos, a princípio, a liberdade para escolher o administrador da operação de hotel da sua preferência, a ser desenvolvida no imóvel que está sendo adquirido.

Torna-se preciso verificar o merecimento desta cláusula da convenção. Ao contratar com o incorporador imobiliário a aquisição de unidade em condo-hotel, o adquirente deseja obter dois bens jurídicos diferentes. O primeiro, de natureza civil, consiste no direito real de copropriedade, por meio de título hábil levado ao registro imobiliário. O segundo, de natureza empresarial, consiste em inserir sua unidade na infraestrutura hoteleira, a ser realizada concomitantemente nas áreas comuns e exclusivas, a impor que os interesses entre condôminos diversos e geralmente desconhecidos sejam obrigatoriamente coordenados para realizar tal função.

Esta centralidade da administração do hotel mostra-se fundamental para o empreendimento hoteleiro ter chance de êxito empresarial. E também decorre do próprio dinamismo da operação econômica. Desta forma, basta imaginar-se um hotel com 300 unidades e conseqüente três centenas de condôminos, a impor certo grau de autonomia para o síndico ou operadora de hotelaria tomar decisões rápidas e diariamente, devendo, em contrapartida, serem criados eficazes mecanismos de fiscalização permanente, sobretudo de ordem financeira.

Para este fim de centralidade, também é bastante comum a criação de uma sociedade em conta de participação, disciplinada pelos artigos 991 a 996 do CC, de modo que a empresa hoteleira torna-se a sócio ostensiva e os adquirentes sócios participantes, sendo o contrato eficaz entre as partes.

Desta forma, torna-se dever do incorporador coordenar inicialmente esta operação econômica, sem que se retire dos condôminos, após um período mínimo de avaliação do desempenho da operadora, a faculdade de denunciar o contrato e substituí-la por outra que venham a indicar em decisão democraticamente tomada em assembleia para esse fim convocada. E sobretudo admitindo-se a outorga da convenção pelo próprio incorporador, de modo a permitir que o contrato celebrado com a operadora tenha o condomínio como parte.

da Justiça Federal: “Nos contratos de prestação de serviços nos quais as partes contratantes são empresários e a função econômica do contrato está relacionada com a exploração de atividade empresarial, as partes podem pactuar prazo superior a quatro anos, dadas as especificidades da natureza do serviço a ser prestado, sem constituir violação do disposto no art. 598 do Código Civil”.

A sofisticação do propósito impõe que a convenção de condomínio possua cláusulas específicas: i) obrigatoriedade de decoração, mobília e equipamentos padronizados dos quartos; ii) não exercer a posse pessoalmente, que será transferida pra o pool e então objeto de exploração funcionalizada pelo operador hoteleiro.

3.3.3.2 Condomínio geral voluntário

Por esta estrutura, o coordenador da operação adquire a propriedade de um terreno e passa a alienar suas frações ideais para os investidores. Realizada a construção, não haverá partes exclusivas e comuns, que caracterizam o condomínio edilício, sendo a construção, na sua totalidade, de propriedade conjunta de todos os investidores.

Aparentemente, torna-se mais fácil operar o condo-hotel por esta modalidade, se for considerado que os coproprietários não são titulares de direitos exclusivos sobre as unidades, tornando desprocurando que renunciem ao direito de usar com exclusividade a unidade em proveito do *pool* que é constituído.

Todavia, os inconvenientes são muitos.

Primeiro, por não poder tal modo de alienação ser qualificado como incorporação imobiliária, e então ficando afastadas as cautelas que a Lei 4.591/64 impõe ao incorporador em proveito dos adquirentes, reduzindo-se significativamente as exigências impostas ao organizador da operação junto ao Estado e aos investidores.

Segundo, em razão de um sério risco criado, considerando que os contratos devem ser celebrados pelos próprios condôminos, de modo que ações judiciais e outros consectários do inadimplemento recairão diretamente sobre os investidores e não sobre o condomínio edilício.

Terceiro, pela ausência de disciplina legal minuciosa tal como ocorre no condomínio edilício, revelando um maior grau de autonomia (art. 1323 do CC) para a regulamentação do funcionamento e administração do condomínio e assim maiores riscos de criação de cláusulas desequilibradas.

Quarto, pela ausência da figura legal do síndico e suas atribuições, embora tal omissão não afaste a possibilidade de deliberação entre os condôminos para criar este e outros órgãos de administração individual ou coletiva, além de não existir legitimidade para o condomínio geral voluntário estar em juízo e obter CNPJ autônomo, contratando em seu próprio nome.

Todavia, o principal problema para admitir esta estrutura de condo-hotel parece recair sobre a cláusula que prevê a renúncia por parte do condômino ao direito de extinguir o condomínio, por ser a indivisibilidade elemento próprio da operação econômica. Tal direito,

de índole potestativa, encontra-se expressamente assegurado pelo art. 1320 do CC, ao estabelecer que “a todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão”.

Não se trata de elemento acessório da propriedade condominial, mas sim essencial, de modo que a cláusula desconstrói a estrutura do condomínio geral voluntário, podendo ser nulificada no que exceder ao prazo de 5 anos. Tal problema não é inédito, pois a multipropriedade imobiliária no Brasil adotou a estrutura do condomínio geral voluntário e gerou as mesmas discussões.

Sobre o caráter imperativo da regra do art. 629 do CC/16 – correspondente ao art. 1320, § 1º do CC/02 – Gustavo Tepedino ensina que “todavia, inarredável obstáculo à indivisibilidade do condomínio apresentam-se os mencionados arts. 629 e 632 do Código Civil, de natureza inquestionavelmente cogente, tendo o legislador o cuidado de demarcar o âmbito da liberdade contratual²²⁵”.

E a cláusula, assim como na multipropriedade imobiliária, deverá ser nulificada em conformidade com o princípio da conservação do negócio jurídico, pois sendo cogente as regras da divisão do condomínio, “as cláusulas que os derogam apresentam-se ineficazes, afirmando-se em doutrina que no que o prazo excede os cinco anos, o pacto é nulo²²⁶”.

Identifica-se que tanto o procedimento judicial de divisão como de alienação da coisa comum, efeitos do exercício do direito de extinguir o condomínio, prejudicam de modo irreparável a função do condo-hotel a partir da qual é moldada a sua estrutura.

Tal direito de divisão recai sobre indivisível, já que CC/02 ampliou o significado de bem divisível em seu artigo 87, de modo que o terreno e acessão onde é desenvolvida a operação hoteleira tornam-se bens indivisíveis pelo “prejuízo do uso a que se destinam”, ou seja, a divisão inviabilizaria o uso econômico do edifício onde se opera o condo-hotel.

O direito de extinguir o condomínio (art. 1.320 do CC), se exercido por um dos investidores, e nulificada a cláusula de indivisibilidade superior ao prazo de 5 anos, levará a alienação forçada, embora haja direito de preferência em favor dos condôminos (art. 1322 do CC e art. 1.118 do CPC), inclusive com possibilidade de adjudicação do bem em caso de preterição (art. 1.119 do CPC).

Em caso de alienação da fração ideal, recomenda-se a disciplina do condo-hotel estabelecer um procedimento para que os condôminos sejam informado sobre tal propósito, de

²²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade Imobiliária, São Paulo: Saraiva, 1993, p.65.

²²⁶ TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade Imobiliária, São Paulo: Saraiva, 1993, p.66.

modo que, reunidos ou isoladamente, possam ter a possibilidade de adquirir a referida fração ideal e assim não prejudicar a operação hoteleira que é desenvolvida.

No terceiro caso, cada quarto constitui uma unidade autônoma, sendo áreas comuns àquelas destinadas a recepção, elevadores, restaurante, áreas de recreação e lazer e tantas outras. O problema, por esta configuração, é que o número de investidores supera em muito o número de unidades, sem falar que o custo de uma unidade seria muito superior às cotas de investimento que o incorporador deseja diluir a um custo menor entre diversos investidores.

De acordo com o art. 1.332 do CC, cada unidade do hotel será autônoma em sua estrutura operacional hoteleira, sendo que todas as unidades são autônomas, podendo ser adquiridas por investidores que buscam unir a solidez imobiliária com a possível liquidez decorrente da rentabilidade obtida com a locação dos apartamentos.

3.4 Condomínio de lotes urbanos e de casas

Assiste-se cotidianamente o crescimento exponencial de condomínios – de fato e de direito - compostos por casas, prédios e ambos, sobretudo nas áreas urbanas a partir do século XX. Tais empreendimentos são conseqüências contemporâneas da busca incessante por maior mobilidade urbana, segurança, conforto e tranquilidade. Em perspectiva fática, enxergam-se áreas que são divididas de modo a criar terrenos subdivididos e assim permitir que casas individuais e prédios sejam construídos em cada um deles.

Esses acontecimentos precisam ser estudados e qualificados, de modo a verificar o merecimento de tutela de cada uma dessas possibilidades a partir da imbricação existente entre autonomia privada e os direitos reais. Estas situações, embora as vezes pareçam faticamente idênticas, transmitindo a impressão de que são sempre condomínios edilícios, possuem estruturas jurídicas variadas: i) loteamento regular (aberto ou de direito) sem condomínio; ii) loteamento regular, com condomínio de fato; iv) loteamento irregular (fechado ou de fato) com condomínio voluntário; v) loteamento irregular com condomínio de fato; vi) loteamento irregular, sem condomínio (posse);

Todas elas surgem como consequência da necessidade de funcionalizar a ocupação do solo urbano e assim incentivar sua divisão, de modo que grandes propriedades de terras, típicas das sociedades agrárias dos séculos passados, pudessem atender a pluralidades de interesses residenciais e empresariais contemporâneos, democratizando o acesso ao bem de raiz e ao mesmo tempo funcionalizando-o na direção da crescente urbanização iniciada no Brasil a partir do Século XIX como efeito do progressivo êxodo rural.

Os reflexos sociais que envolvem essa possibilidade estimularam a disciplina do tema por meio do Decreto 58, isso na década de 30 do século passado²²⁷, e, já no final da década de 70, pela Lei 6.766, que dispôs sobre o “parcelamento do solo urbano”. Dessa forma, para além de regular simples vendas de terrenos em operações negociais, previu-se a disciplina global de aspectos urbanísticos e os mecanismos estimuladores dos melhores e mais racionais modos de ocupação e aproveitamento do solo urbano.

Tal parcelamento do solo urbano pode ser feito pelo desmembramento ou pelo loteamento²²⁸, procedendo-se, em seguida, a obrigatória abertura de matrícula (se o terreno não possuía) ou ao desmembramento da matrícula existente (se já existente a matrícula base). Nos dois modos²²⁹ de parcelamento, torna-se possível uma área de terra denominada como gleba sofrer um processo de divisão para permitir a criação de lotes autônomos, recaindo a principal distinção entre estes dois modos sobre a manutenção ou não dos espaços de circulação existentes.

Ocorre que o parcelamento depende de rigoroso processo administrativo-registral e igualmente do cumprimento de diversos requisitos urbanísticos, especialmente considerando que o lote precisa possuir uma infraestrutura básica. Tais projetos são apresentados ao município ou DF e submetidos ao registro imobiliário após serem aprovados.

E antes mesmo de elaborar o projeto, impõe-se ao pretendente que deseje lotear sua gleba solicitar a municipalidade a definição das diretrizes para o uso do solo, de modo que o requerimento para este fim já precisa observar uma série de exigências prévias (art. 6º da Lei 6.766/79), além de inúmeras outras impostas para o êxito social do projeto.

Tal rigor procedimental incentivou proprietários de terreno a conceberem e multiplicarem os chamados “condomínios edilícios de fato”, escapando das dificuldades

²²⁷ Primeiramente o tema foi objeto do decreto 58/37, que dispõe sobre: “sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações”. Tal decreto apresenta os seguintes considerandos: “Considerando o crescente desenvolvimento da loteação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações; Considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda; Considerando que esse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das empresas vendedoras; Considerando que, para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra e venda de lotes, cumpre acautelá-lo contra futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos; Considerando ainda que a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se opera frequentemente sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores”;

²²⁸ Desdobro; subdivisão do lote e não da gleba, respeitado o limite mínimo fixado pelo município. Não previsto pela lei 6766. Não fica sujeito a lei

²²⁹ Entende-se por loteamento “a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes” (art. 2º, § 1º). Por desmembramento, entende-se “a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes” (art. 2º, § 2º).

impostas a obtenção do loteamento de direito e permitindo que cada dono de lote ocupe faticamente uma parcela do solo, embora sem obter a propriedade desta porção e conseqüentemente sem individualizá-la no registro imobiliário.

Para tanto, esses loteadores de fato muitas vezes utilizam a estrutura do condomínio geral voluntário, de modo que o dono do terreno aliena frações ideais do solo para cada interessado, realizando-se, conjuntamente com a partilha abstrata, uma divisão de fato entre os condôminos. Dessa forma, ao menos visualmente, essas estruturas parecem transmitir a impressão de loteamento e um conseqüente condomínio edilício de casas, quando, na realidade, não existe sequer propriedade exclusiva sobre as áreas ocupadas exclusivamente e as vias internas de circulação não são transferidas para o poder público, como se exige no loteamento (art. 22 da Lei 6.766/79).

Do ponto de vista jurídico, cria-se condomínio geral voluntário do terreno, pela venda de frações ideais. Neste caso, o ocupante de área determinada não possuirá a propriedade exclusiva sobre aquela parte do terreno ocupado, mas somente a posse da área. Inclusive, costuma-se construir para morar. Faticamente o possuidor parece ser dono do “lote” ocupado. Juridicamente, no entanto, possui apenas fração ideal sobre a totalidade do terreno, e não apenas sobre o seu lote. Tal realidade é disciplinada pelo próprio contrato aquisitivo da fração ideal.

Nesse sentido, é interessante abordar, separadamente, cada uma das seis hipóteses de estruturação jurídica do condomínio de casas e prédios. E então poder refletir sobre a utilidade e necessidade na adoção do condomínio edilício de lotes, que, por si só, mostra-se potencialmente idôneo para resolver parte desses problemas, ao viabilizar a estruturação funcional de interesses legítimos dos coproprietários que desejam compartilhar a propriedade de um terreno de modo que cada qual possa obter a propriedade exclusiva da área ocupada individualmente.

3.4.1 Estruturas principais

3.4.1.1 Loteamento regular (aberto ou de direito), sem condomínio

Esta hipótese pode ocorrer tanto pelo loteamento como pelo desmembramento do solo urbano. As vias públicas de circulação possuem glebas que são loteadas ou desmembradas para a criação de lotes, geralmente para serem alienados pelos seus proprietários, por isso

representando um importante instrumento de acesso a moradia nas áreas urbanas e foco de muitos investidores.

Sensível a tal realidade, a Lei 6.766/79 disciplinou o contrato preliminar²³⁰, instrumento usualmente utilizado para a alienação dos terrenos. Porém, nada impede a celebração do contrato de compra e venda ou outro negócio definitivo qualquer, embora o contrato preliminar torne-se comum, considerando que o preço da aquisição geralmente é pago parceladamente.

Este negócio jurídico preliminar é irretratável, podendo utilizar a forma pública ou particular, desde que preencha os requisitos legais. Considera-se o adquirente presumidamente vulnerável, a ponto de a legislação atribuir eficácia de contrato preliminar a “proposta de compra, a reserva de lote ou qualquer outro instrumento, do qual conste a manifestação da vontade das partes, a indicação do lote, o preço e o modo de pagamento, e a promessa de contratar.”²³¹,

Nesta hipótese de loteamento regular sem condomínio, as vias e logradouros públicos podem ser originariamente públicas, em caso do desmembramento, ou passarem ao patrimônio público após o registro imobiliário do projeto aprovado, no caso de loteamento.

Portanto, do ponto de vista fático, existe uma via pública com diversos terrenos localizados ao longo da sua extensão. Para isso, divide-se a gleba pelo loteamento, passando os lotes a serem objeto de propriedade exclusiva. Todavia, como não existem áreas comuns, mas apenas ruas públicas, descaracteriza-se o condomínio, por só existirem áreas exclusivas e não áreas comuns.

Este caso de loteamento sem condomínio não cria desafios enfrentáveis por esta dissertação, considerando que o objeto deste trabalho recai sobre as novas estruturas condominiais. Todavia, esta realidade torna-se conflituosa especialmente quando tais ruas são sem saída, existindo casas e prédios (sem condomínio) em sua extensão, quando passa a existir um “condomínio aparente”, fisionomia esta ressaltada pela criação de obstáculos para acessar a rua e logradouros públicos, como a instalação de portões e cancelas com controle de acesso de pessoas, impondo-se verificar o merecimento de tutela desta complexa situação social.

²³⁰ Sobre o tema contrato promessa em Portugal, confira-se o trabalho de João de Matos Antunes Varela (VARELA, João de Matos Antunes Varela. *Das Obrigações em Geral*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2000. p. 306-373)

²³¹ Lei 6.766/79, art. 27, § 1º: Para fins deste artigo, terão o mesmo valor de pré-contrato a promessa de cessão, a proposta de compra, a reserva de lote ou qualquer, outro instrumento, do qual conste a manifestação da vontade das partes, a indicação do lote, o preço e modo de pagamento, e a promessa de contratar.

3.4.1.2 Loteamento regular, com condomínio de fato (condomínio aparente)

Como se viu, os espaços de propriedade particular inseridos no projeto de parcelamento, na hipótese de loteamento regular, passam obrigatória e imediatamente ao patrimônio do Município ou DF a partir do registro imobiliário. Afasta-se assim a caracterização do condomínio edilício, por ausência de áreas (particulares) comuns coexistindo com exclusivas, já que as ruas de acesso são bem público.

E tais possibilidades não recaem exclusivamente sobre condomínios aparentes de casas. Assiste-se a irrefreável criatividade empresarial desenvolvendo os condomínios aparentes de prédios residenciais, empresariais ou ambos, de modo a exigir que os interesses de cada condomínio edilício autônomo, ocupante de cada lote de terreno, sejam suficientemente conciliados e protegidos, tema abordado em tópico próprio deste capítulo.

Surgem, em alguns casos, verdadeiras “minicidades” formadas por lotes com funções diversificadas, compostas por dezenas de edifícios, cada qual formando um condomínio edilício autônomo, ao ocupar um lote que é fruto do processo de loteamento da gleba.

Todavia, não há entre eles relação condominial, já que inexistem áreas comuns entre os prédios, e sim bens públicos de uso comum, embora não se negue os interesses comuns e legítimos existentes entre eles e o conseqüente merecimento de tutela dos arranjos formados, tal como a criação de associação de moradores formada pelos condôminos de todos os prédios, e, em alguns casos, pela inclusão dos próprios condomínios edilícios na qualidade de associados, de modo a criar um grande condomínio aparente.

Discute-se, neste caso, a competência do Município para disciplinar e permitir o uso e controle de acesso das áreas públicas, por meio do ato administrativo de concessão de uso, de modo que a manutenção desses espaços seria delegada contratualmente aos particulares, poupando o poder público de tais gastos e ao mesmo tempo oferecendo aos particulares a possibilidade de adoção de mecanismos de segurança preventiva.

Por um lado, o art. 30 da CF confere ao município competência para legislar sobre “interesse local” e “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação de solo urbano”.

Por outro lado, argumenta-se²³² que o art. 24, I, da CF, confere a União competência concorrente para legislar sobre direito urbanístico, de modo que ao Município caberia apenas

²³² SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013, p. 59.

disciplinar o conteúdo geral fixado pela União. Nessa linha, os parâmetros estariam fixados pela Lei 6.766/79 e não poderiam ser contrariados pela legislação municipal²³³.

No Rio de Janeiro foi editado o Decreto 14.618 de 8 de março de 1996, permitindo-se que as Secretarias Municipais de Obras e Serviços Públicos e Urbanismo, por juízo discricionário, autorizem a colocação de cancelas e traves basculantes em logradouros públicos de uso estritamente residencial, desde que sejam preenchidos os seguintes requisitos: i) requerimento do mínimo de ¾ dos usuários atingidos; ii) audiência dos órgãos municipais interessados; iii) custo arcado pelos moradores; iv) placa indicativa do direito de livre acesso de qualquer cidadão em razão da natureza pública do espaço²³⁴; v) ruas sem saída; vi) inexistência de hospital, hospitais, serviços públicos ou praça pública.

Para além do debate em torno da própria licitude do fechamento, surge, por consequência, uma discussão envolvendo a obrigatoriedade da contribuição para a manutenção das atividades que o fechamento irá propiciar, formando-se duas linhas de pensamento.

Para a primeira, a contribuição é obrigatória. Cria-se relação jurídica obrigacional ligando os sujeitos que contribuem aos que usufruem comprovadamente da contribuição, cuja fonte seria o enriquecimento sem causa, a partir da premissa de que o Estado não possui condições de concretizar o dever de segurança decorrente do art. 144 da CF²³⁵.

²³³ O tema foi enfrentado com outros argumentos pelo Egrégio STF em decisão unânime do Pleno ao julgar a ADI 1706/DF (DISTRITO FEDERAL - Relator: Min. EROS GRAU - Julgamento: 09/04/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno). EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL N. 1.713, DE 3 DE SETEMBRO DE 1.997. QUADRAS RESIDENCIAIS DO PLANO PILOTO DA ASA NORTE E DA ASA SUL. ADMINISTRAÇÃO POR PREFEITURAS OU ASSOCIAÇÕES DE MORADORES. TAXA DE MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO. SUBDIVISÃO DO DISTRITO FEDERAL. FIXAÇÃO DE OBSTÁCULOS QUE DIFICULTEM O TRÂNSITO DE VEÍCULOS E PESSOAS. BEM DE USO COMUM. TOMBAMENTO. COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO PARA ESTABELECEER AS RESTRIÇÕES DO DIREITO DE PROPRIEDADE. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2º, 32 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A Lei n. 1.713 autoriza a divisão do Distrito Federal em unidades relativamente autônomas, em afronta ao texto da Constituição do Brasil (artigo 32) que proíbe a subdivisão do Distrito Federal em Municípios. 2. Afronta a Constituição do Brasil o preceito que permite que os serviços públicos sejam prestados por particulares, independentemente de licitação [artigo 37, inciso XXI, da CB/88]. 3. Ninguém é obrigado a associar-se em "condomínios" não regularmente instituídos. 4. O artigo 4º da lei possibilita a fixação de obstáculos a fim de dificultar a entrada e saída de veículos nos limites externos das quadras ou conjuntos. Violação do direito à circulação, que é a manifestação mais característica do direito de locomoção. A Administração não poderá impedir o trânsito de pessoas no que toca aos bens de uso comum. 5. O tombamento é constituído mediante ato do Poder Executivo que estabelece o alcance da limitação ao direito de propriedade. Incompetência do Poder Legislativo no que toca a essas restrições, pena de violação ao disposto no artigo 2º da Constituição do Brasil. 6. É incabível a delegação da execução de determinados serviços públicos às "Prefeituras" das quadras, bem como a instituição de taxas remuneratórias, na medida em que essas "Prefeituras" não detêm capacidade tributária. 7. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 1.713/97 do Distrito Federal.

²³⁴ A Lei Estadual 2.845 de 22 de Julho de 1999 "Dispõe sobre a obrigatoriedade de afixação de aviso em guaritas, cancelas, obstáculos e cabinas de segurança em logradouros públicos.

²³⁵ Nessa linha, a Súmula 79 do TJ/RJ prevê expressamente: "em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de

Para a segunda, o princípio da legalidade constitucional previsto no art. 5º, II, da CF, afastaria a obrigatoriedade porque não existe lei que imponha especificamente o dever de contribuir no condomínio de fato, ao contrário do que se dá no condomínio edilício²³⁶.

Tal argumento, exposto pelo segundo ponto de vista, mostra-se insuficiente ao reduzir a ordem jurídica somente a regras fechadas. O enriquecimento sem causa não era previsto expressamente no CC/16 como regra jurídica, que disciplinava apenas uma de suas espécies, o pagamento indevido, embora fosse reconhecido como princípio do ordenamento. E discute-se ainda a existência de garantia constitucional implícita que veda o enriquecimento sem causa²³⁷.

Na realidade, o enriquecimento sem causa é atualmente disciplinado como regra pelo CC/02 (arts. 884 a 886 do CC). De modo que impõe-se às decisões que reconhecem a não obrigatoriedade do pagamento da contribuição, desincumbirem-se de afastar os elementos positivos e negativos qualificadores do enriquecimento sem causa²³⁸: i) enriquecimento, consistente no acréscimo patrimonial por quem deve restituir; ii) suporte do enriquecimento por outrem ou à custa de outrem, ainda que não haja empobrecimento da outra parte; iii) correlação entre o enriquecimento e o suporte deste; iv) ausência de causa legítima;

E muito menos satisfaz o argumento da liberdade associativa, assegurada pelo art. 5º, XX, da CF, considerando que tais condomínios aparentes são criados com ou sem associação de moradores, isto é, havendo associação, ficará o associado obrigado a contribuir por força do estatuto ao qual aderiu, de modo que o argumento do enriquecimento sem causa aplica-se especificamente para os condomínios de fato onde não há associação de moradores.

condições com os associados, que concorram para o custeio dos serviços por elas efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade.

²³⁶ A 2ª Seção do STJ decidiu por maioria nesse sentido: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. TAXAS DE MANUTENÇÃO DO LOTEAMENTO. IMPOSIÇÃO A QUEM NÃO É ASSOCIADO. IMPOSSIBILIDADE. As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo.

E o Egrégio STF também teve oportunidade de manifestar-se contra a cobrança por sua 1ª Turma ao julgar o RE 432.106/RJ: ASSOCIAÇÃO DE MORADORES – MENSALIDADE – AUSÊNCIA DE ADESÃO. Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei nº 4.591/64, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade – artigo 5º, incisos II e XX, da Constituição Federal.

²³⁷ Destaque-se existir posição alçando o princípio a *status* constitucional, como defendido pelo Min. Marco Aurélio no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 182458. E também decisões em sentido contrário, negando o caráter constitucional do princípio (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 122.894)

²³⁸ Sobre o tema, recomenda-se a leitura de Mário Júlio de Almeida Costa (COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2008, p. 489-515).

3.4.1.3 loteamento irregular (fechado, de fato ou clandestino), por meio do condomínio voluntário (condomínio edilício aparente)

Para escapar do rigoroso procedimento previsto para o parcelamento do solo urbano, tem-se tornado cada vez mais frequente a venda de frações ideais de terrenos. Neste caso, o terreno é objeto de uma divisão possessória, de modo que cada adquirente torna-se coproprietário de uma fração ideal de todo terreno, mas possuidor exclusivo de uma área previamente definida por acordo entre os condôminos, em geral sob a coordenação do dono do terreno, que atua em situação assemelhada²³⁹ a do incorporador imobiliário.

A própria realização do negócio jurídico com esse propósito caracteriza uma fraude a lei²⁴⁰, devendo ser nulificado, inclusive de ofício pelo juiz, sem prejuízo da legitimidade e atribuição do Ministério Público, por envolver uma série de interesses metaindividuais, a iniciar por diversos aspectos urbanísticos.

Os inconvenientes dessa prática são muitos. O principal consiste em dispensar o proprietário, que é o loteador de fato, do cumprimento das exigências impostas pela Lei 6.766/79, de modo que o fracionamento da posse do terreno, antecedido da aparentemente lícita venda de frações ideais, pode colocar em risco uma série de interesses ambientais e comprometer as políticas públicas voltadas a ocupação racional dos centros urbanos.

Tal prática, consistente em criar loteamentos clandestinos, motivou que Corregedorias de Justiça passassem a coibi-las. É o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja consolidação normativa extrajudicial²⁴¹ estabelece que o notário responsável pela

²³⁹ Não é idêntica pela falta de objetivo de formar um condomínio edilício.

²⁴⁰ Prevista pelo art. 166, IV, CC, a fraude a lei pode ser definida como “espécie do gênero violação da norma jurídica, em que o agente não pratica atos contrários à forma literal com que determinada regra legal está expressa, mas consegue, por meio indireto, atingir o resultado indesejado que a norma fraudada visa a evitar” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena & MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 311).

²⁴¹ “Seção II - Dos loteamentos clandestinos: Art. 647. Os Oficiais de Registro de Imóveis são obrigados, sob pena de caracterizar falta disciplinar, a fiscalizar o uso de escritura de compra e venda de fração ideal, com formação de condomínio civil, como instrumento de viabilização da criação de loteamentos irregulares ou clandestinos, e de burla à lei de parcelamento do solo, o que poderá ser depreendido não só do exame do título apresentado para registro, como também pelo exame dos elementos constantes da matrícula. § 1º. Os Oficiais de Registro de Imóveis, para cumprir o disposto no caput, deverão dedicar especial atenção às sucessivas alienações de diminutas frações ideais de um determinado imóvel, muitas vezes em percentual idêntico, e nas quais os adquirentes não guardam relação de comunhão ou de identidade entre si, tais quais parentesco ou amizade. § 2º. Suspeitando o Oficial de Registro de Imóveis da formação de loteamento irregular/clandestino, ou de burla às normas legais que regulam o parcelamento do solo, pela via transversa da escritura de compra e venda de fração ideal, deverá comunicar o fato à Corregedoria Geral da Justiça, ao Ministério Público e à Prefeitura Municipal da Comarca, para que adotem as providências cabíveis, sendo certo que a omissão no cumprimento desta diligência sujeitará o mesmo à apuração de responsabilidade disciplinar.

....

§ 5º. Convencido o Oficial de Registro de Imóveis, de que a venda da fração ideal se faz em burla da legislação

lavratura da escritura de compra e venda da fração ideal deve fiscalizar se o serviço notarial e registral não está sendo utilizado para conferir aparência de licitude a prática manifestamente ilícita, e, em caso positivo, recusar-se a registrar o título se as exigências legais não forem observadas.

Estes condomínios podem ser fechados, não suscitando o problema da hipótese anterior, por não existir ruas e sim vias de circulação, considerando que juridicamente existe um único terreno particular, sem loteamento de direito, de modo que não se discute a legalidade das contribuições por existir previsão legal específica (art. 1.315 do CC).

3.4.1.4 Condomínio de lotes urbanos

O condomínio de lotes urbanos carece de regulamentação no Brasil²⁴². O condomínio edilício, estruturalmente, pode adotar diversificados formatos: i) condomínio de apartamentos em edifícios; ii) condomínio de casas; iii) condomínio de lotes. Os dois primeiros são referidos expressamente pela Lei 4.591/64 e pelo CC. Por sua vez, o último é objeto de acesa divergência, reclamando qualificação e subsequente disciplina jurídica.

Desse modo, impõe-se observar atentamente os interesses legítimos que envolvem o condomínio de lotes urbanos, para então verificar quais são os elementos essenciais do condomínio edilício (partes destinadas ao uso exclusivo e comum) e separá-los dos elementos

de loteamentos, deverá exigir o cumprimento dos requisitos do referido diploma legal, para a inserção do título no registro imobiliário e, em não sendo atendida a exigência, negará registro ao título. Nesta última hipótese, não concordando a parte com a exigência formulada pelo Oficial ou com a negativa de registro do título, poderá ser suscitada a dúvida prevista no artigo 198 da Lei nº. 6.015/73, ao Juízo de registros públicos competente.

²⁴² Tramita na Câmara dos Deputados do Congresso Nacional o Projeto de Lei 20/07 (Lei da Responsabilidade Territorial Urbana). Tal projeto revoga e substitui a Lei 6.766/79, dispondo sobre “parcelamento do solo para fins urbanos e sobre a regularização fundiária sustentável de áreas urbanas”. No seu artigo 5º, mantem-se o parcelamento pelo loteamento e desmembramento, criando-se uma terceira modalidade: o condomínio urbanístico. Define-se (art. 3º, XII) esta modalidade como “a divisão de imóvel em unidades autônomas destinadas à edificação, às quais correspondem frações ideais das áreas de uso comum dos condôminos, sendo admitida a abertura de vias de domínio privado e vedada a de logradouros públicos internamente ao perímetro do condomínio”. Distingue ainda o condomínio urbanístico integrado a edificação, quando o próprio empreendedor desejar realizar a construção, assim definindo o art. 5º, § 2º: “serão admitidos condomínios urbanísticos integrados à edificação e implantados na forma do art. 8º da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, desde que estejam localizados no perímetro urbano definido por lei municipal e observem os requisitos previstos nesta Lei. A expressão condomínio urbanístico é de todo censurável, como adverte Melhim Namen Chalub (CHALHUB, Melhim Namen. Condomínio de Lotes de Terreno Urbano. Revista de Direito Imobiliário. Ano 32, v.67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009), baseando-se em duas razões principais: i) a divisão de um todo imóvel é denominada como lote, assim entendida uma porção, quinhão, não sendo a expressão exclusiva do regime da Lei 6.766/79; ii) urbanístico refere-se a urbanismo, ou seja, o saber e a técnica da organização e da racionalização dos espaços urbanos, sendo inadequada para designar imóveis urbanos. E muito menos poderia empregar-se adequadamente a expressão “condomínio urbano”, pois os condomínios de casas e apartamentos também são enquadrados como urbanos.

meramente acessórios (construção, fruto da origem etimológica da expressão edilício utilizada para batizar a categoria jurídica)²⁴³.

Volta-se, então, a evolução histórica das habitações coletivas, realizando a análise do fenômeno pela sua gênese. No Séc. XX, o surgimento da nova estrutura do condomínio edilício de casas e prédios representou uma resposta do ordenamento jurídico ao êxodo rural e ao processo de industrialização, causas de uma crescente migração e necessidade de verticalização das construções.

No início daquele século, a coexistência de partes exclusivas e comuns representou uma transformação radical da realidade jurídica até então conhecida, limitada ao condomínio voluntário disciplinado pelo Código Civil de 1916. Nesse percurso, a criação de uma estrutura condominial inovadora, reunindo simbioticamente partes exclusivas e comuns, possuía espectro de atuação basicamente limitada às construções existentes e não a terrenos.

Com o tempo e o desenvolvimento da construção civil, tornou-se possível e acessível ao adquirente de lote escolher de que forma e com quem realizaria a construção, fruto da sofisticalização própria das sociedades industriais e tecnológicas, tornando a construção elemento meramente acidental do condomínio edilício.

Em perspectiva civil-constitucional, desapegada do formalismo subsuntivo e linguístico, a qualificação do fato não é um processo mecânico que possa prescindir dos seus efeitos. Tal premissa dogmática é que torna imperioso distinguir efeitos determinantes na qualificação do fato (efeitos essenciais) daqueles que não são determinantes (efeito acessório) da função-prática jurídica de determinada categoria jurídica.

E assim a edificação de casas ou edifícios, embora referida expressamente pelo art. 1.331 do CC e pelo art. 1º da Lei 4.591/64, mostrava-se somente efeito natural para a função do condomínio edilício no início do Século XX, sendo pouco provável imaginar a aquisição de um lote para que o próprio adquirente construísse, dado o estado embrionário do segmento da construção civil, com todas as dificuldades que a cercavam.

Todavia, no desenrolar do Sec. XX e especialmente na transição para o século XXI, a aquisição de terreno com construções já realizadas ou por realizar passou a conviver com projetos de alienação destinados a edificações pelo próprio adquirente, geralmente destinados a moradia (ex. condomínios de casas residenciais) ou lazer (condomínios em regiões oceânicas ou serranas).

²⁴³ E assim “construir a resposta, em termos de disciplina, que o ordenamento globalmente considerado dá a exigência de tutela que o fato manifesta, exigência portadora de uma específica irrepetibilidade” (PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 651).

Percebe-se que a existência de construção para o condomínio edilício de casas, embora referido pela legislação, passou a ser um efeito acessório, não essencial, por não contribuir para a função do condomínio edilício. E por isso é preciso admitir a concepção de condomínios formados apenas por lotes²⁴⁴.

Dito de outro modo, existem efeitos que muitas vezes são previstos tipicamente pela legislação, embora não sirvam para caracterizar sua função pratico-jurídica. No caso, a estrutura do condomínio de lotes é estabelecida pela função desempenhada, isto é, permitir que dentro de um mesmo terreno coexistam partes destinadas ao uso exclusivo com partes destinadas comuns, estes sim efeitos essenciais para a função do condomínio edilício.

Em sentido contrário, argumenta-se que a legislação urbanística precisa ser observada, por competir ao município legislar sobre “assuntos de interesse local” e “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”, como preveem os incisos I e VIII do art. 30 da CR.

Tal óbice é apenas potencial, bastando ao interessado que cumpra a legislação que disciplina o condomínio edilício de casas e cumpras as exigências ali fixadas, inclusive para o fim de concessão de futura licença para realização de obra em cada lote que forma o condomínio edilício.

Verifica-se que o condomínio de casas e prédios em um mesmo terreno encontra-se expressamente previsto pelo art. 8º da Lei 4.591/64²⁴⁵. O *caput* desse artigo refere-se expressamente ao terreno “onde não houver edificação”, embora deseje-se “erigir mais de uma edificação”. São terrenos, ou lotes, onde se deseja construir casas ou prédios. Deste modo, cada terreno será objeto de propriedade exclusiva, sendo as vias internas de acesso e

²⁴⁴ Essa foi a conclusão do enunciado 89 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF: “art. 1.331: O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo.

²⁴⁵ Art. 8º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário dêste ou o promitente cessionário sobre ele desejar erigir mais de uma edificação, observar-se-á também o seguinte:

- a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilização exclusiva dessas casas, como jardim e quintal, bem assim a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá às unidades;
- b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente fôr reservada como de utilização exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal do todo do terreno e de partes comuns, que corresponderá a cada uma das unidades;
- c) serão discriminadas as partes do total do terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autônomas;
- d) serão discriminadas as áreas que se constituírem em passagem comum para as vias públicas ou para as unidades entre si.

outros espaços que forem criados qualificados como áreas comuns, configurando-se então os elementos essenciais do condomínio edilício.

Ocorre um modo peculiar de parcelamento do solo urbano, diferenciado em relação a estrutura do loteamento e desmembramento, que encontra fundamento na Lei 4.591/64 e afasta-se da aplicação da Lei 6.766/79. Faculta-se, pela referida lei, instituir um condomínio edilício de casas ou prédios, tal como ocorre nos condomínios de edifícios tradicionais, apenas com a peculiaridade de que a unidade não será o apartamento, mas sim a casa ou o próprio edifício construído no terreno.

O processo de criação exige requisitos simples. No caso de casas térreas ou assobradas, impõe-se a discriminação das áreas que serão ocupadas por cada edificação, as áreas comuns de uso exclusivo, com identificação da respectiva fração ideal no terreno e as áreas comuns correspondente a unidade. Se a hipótese envolver unidades localizadas em edifícios de dois ou mais pavimentos, do mesmo modo discrimina-se a área no terreno ocupada pelas edificações, as áreas de uso exclusivo correspondente as unidades e suas respectivas frações ideais no terreno e áreas comuns. E, nos dois casos, discriminam-se as vias internas de trânsito e as áreas comuns.

Observa-se, ao contrário do que ocorre no processo de loteamento do solo urbano, que essas vias de circulação interna e outros espaços criados serão objeto de propriedade particular, ou seja, áreas comuns de todos os condôminos, e não bens públicos como ocorre no loteamento, onde tais espaços são obrigatoriamente transferidos ao poder público, tornando-se bens públicos de uso comum. E por consequência o fechamento desses espaços torna-se lícito, por ser particular toda área condominial, admitindo-se a colocação de cancelas, portões e a proibição do ingresso de estranhos.

Vê-se logo que tal estrutura traz a imensa vantagem de dispensar o debate sobre a licitude do fechamento dos acessos, a obrigatoriedade do pagamento da contribuição para a conservação e funcionamento dos espaços e outras questões que o condomínio aparente (loteamento fechado) suscita, uma vez que este condomínio de casas está disciplinado pelo Código Civil e pela Lei 4.591/64. E, por consequência, não há justificativa para negar a aplicação da mesma disciplina para o condomínio formado apenas por lotes como áreas exclusivas, ao menos sem malferir a legalidade civil-constitucional.

Se o interessado na criação dessa estrutura desejar alienar antes de construir, ficará sujeito ao rigoroso processo de incorporação imobiliária, regulado pela Lei 4.591/64, responsável por conferir elevado grau de proteção aos adquirentes. Dispensa-se, por outro

lado, a aplicação da lei 6.766/79, pois não haverá parcelamento do solo urbano pelo loteamento ou desmembramento, mas sim pela criação do condomínio edilício.

Discute-se, por consequência, se seria possível surgir um condomínio edilício formado apenas por lotes, sem que haja construção ou projeto de construção previamente aprovado. Volta-se assim ao problema de saber se a construção é elemento essencial ou acidental para a correta qualificação deste fato e seu enquadramento como condomínio edilício.

Tal debate possui imensa importância, considerado o interesse legítimo de investidores que desejam instituir condomínios edilícios por meio da incorporação imobiliária para alienar somente lotes, de modo que a construção caiba a cada adquirente.

Se tal condomínio de lotes urbanos não for admitida, restariam duas soluções principais, que não satisfazem os legítimos interesses envolvidos: i) ilegal venda de frações ideais para criar um condomínio aparente; ii) o loteamento ou desmembramento do solo urbano, sujeito aos rigores da Lei 6.766/79, sem a criação do desejado condomínio edilício.

Existem dois argumentos principais favoráveis a admissibilidade do condomínio edilício de lotes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, o art. 3º do Decreto-Lei 271/67²⁴⁶ disciplina o condomínio edilício de lotes de forma expressa, estabelecendo a aplicação da Lei nº 4.591 para tal modalidade de loteamento e equiparando o loteador ao incorporador imobiliário. Neste caso, as próprias obras de infraestrutura são equiparadas a construção, cumprindo-se, assim, a exigência subjetiva do art. 8º da Lei 4.591/64, no sentido exigir-se o desejo de “erigir mais de uma edificação”.

Em suma, a lei substitui a edificação de casas e prédios pelas obras de infraestrutura. Tal art. 3º do Decreto-Lei 271/67 não foi revogado²⁴⁷ expressa ou tacitamente pela Lei

²⁴⁶ Tal decreto dispõe sobre “loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências”. O referido art. 3º estabelece que: “aplica-se aos loteamentos a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, equiparando-se o loteador ao incorporador, os compradores de lote aos condôminos e as obras de infra-estrutura à construção da edificação”.

²⁴⁷ A Consolidação Normativa Extrajudicial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro estabelece no seu art. 219 que: “os Tabeliães de Notas devem abster-se de lavrar escrituras relativas a negócios jurídicos de alienação de frações ideais, quando, à base de dados objetivos, apontarem indícios de fraudes e infringências às Leis nºs. 6.766/79 e 10.257/01, ao ordenamento positivo normatizador do parcelamento do solo urbano e protetivo da zona rural, prejudiciais aos mananciais da fauna e da flora e a fim de proteger os ecossistemas contra a predação e a destruição causadas pela ocupação desorganizada e sem fiscalização”. O § 1º tratar o fracionamento como irregular: “§ 1º. tipifica-se como fração ideal a resultante do desdobramento do imóvel em partes não-loteadas, que permanecem contidas dentro da área original, mas, em razão da alienação, acarretam a formação de condomínios irregulares”. Tal dispositivo incorpora o Aviso 477/08 que pretendia coibir a criação de condomínios clandestinos pela venda de frações ideais e burla a Lei 6.766/79. Tal aviso 477 chegou a considerar como revogada a Lei 6.766/79. Na realidade o objeto é outro, ou seja, o aviso não se aplica para proibir o condomínio de lotes simplesmente porque este é modalidade de condomínio edilício e não de condomínio geral voluntário. E o § 4º do referido art. 219 deixa clara a aplicação do condomínio edilício ao dizer que: “§ 4º. O disposto neste item não se aplica aos condomínios instituídos e constituídos sob a égide da Lei nº.

6.766/79, por esta lei tratar de outra modalidade de loteamento, sem a específica função criadora de condomínio edilício, de modo que não há regulamentação por inteiro da matéria ou incompatibilidade capazes de produzir a revogação tácita, nos termos do art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei 4657/42.

Em segundo lugar, e independente do referido Decreto-Lei 271/67, o condomínio edilício caracteriza-se pela coexistência entre partes destinadas ao uso exclusivo com outras destinadas ao uso comum. Neste ponto, percebe-se que os lotes são áreas exclusivas e as vias internas e outras criações são áreas comuns, configurando-se os elementos essenciais do condomínio edilício.

Não existe qualquer restrição legal a caracterização da área comum por meio de terrenos, ou seja, de imóveis não edificadas. E por isso é criticável a expressão condomínio edilício, por transmitir a impressão de que a edificação constitui elemento essencial e não elemento puramente acessório do condomínio disciplinado pela Lei 4.591/64 e pelo CC.

Estrutura e função são premissas de qualquer noção jurídica. Desse modo, a estrutura do condomínio edilício deve ser qualificada a partir da síntese dos seus efeitos essenciais, isto é, a partir dos interesses legítimos que impulsionam a criação de condomínios de lotes urbanos, a recomendar que a estrutura do condomínio edilício adequa-se e realize essa nova função, não limitando-se ao cumprimento das funções que justificaram a concepção da estrutura no fim do século XIX e início do Século XX durante a verticalização das construções.

Do contrário, ter-se-á a conclusão de que uma área composta por partes exclusivas (terrenos) e comuns (vias internas de circulação de carros e pessoas, áreas de recreação e outras), embora coexistam simbioticamente no mesmo espaço, não poderia ser objeto de uma instituição e constituição do condomínio edilício somente porque não existe construção dos terrenos.

4.591/64, vez que previstos e tutelados por legislação especial. Sobrevindo dúvida sobre o enquadramento do imóvel objeto de alienação nas leis condominial e de parcelamento do solo urbano, o Tabelião poderá oficiar à Prefeitura municipal a fim de obter informações que lhe permitam melhor apurar a situação. (Parágrafo alterado pelo Provimento CGJ nº 57/2012, publicado no D.J.E.R.J. de 28/09/2012).

CONCLUSÃO

Extraí-se do percurso trilhado por este trabalho que a oposição, adotada pela manualística clássica, entre autonomia privada e os direitos reais, tem atuado como óbice injustificado – e muitas vezes intransponível no setor registral - para a concreção do valor da autonomia expressa pela livre iniciativa privada (art. 1º, IV, CF) e dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Impõe-se então, na esteira do título atribuído para este trabalho, que o condomínio edilício avance do formalismo em direção à sua função. E assim buscar os efeitos caracterizadores do instituto, a síntese dos seus efeitos essenciais, de forma que a função concreta sirva para a interpretação e qualificação de novos fatos jurídicos, em contraposição a proposta lógica-formal positivista.

E após qualificar um fato jurídico como condomínio edilício, passa-se a segunda etapa, qual seja a de verificar se o exercício da autonomia privada ao moldar o conteúdo do direito real revela-se ou não merecedor de proteção, em especial o merecimento de tutela das convenções de condomínio e das assembleias ordinárias e extraordinárias.

Basta observar que um olhar rígido e subsuntivo sobre o esquema legislativo adotado pelo art. 1331 do CC, ao referir-se, no plural, a “condôminos”, transmitiria a falsa impressão de que a cotitularidade é elemento definidor do condomínio edilício, quando, na realidade, as situações subjetivas podem não ter titular, ou, então, serem unissubjetivas, quando terão um único titular.

Como bem alertado pelo já citado *Salvatore Pugliatti*, o direito precisa tutelar os múltiplos interesses possíveis na utilização da coisa objeto do direito de propriedade, em todas as oportunidades que ela oferece, prestigiando-se a criatividade que é própria da atividade econômica e as mudanças decorrentes das necessidades sociais de cada período histórico.

É o caso do condomínio edilício, surgido das modificações sociais e econômicas no fim do sec. XIX, que só depois o direito viria a atestar como realidade merecedora de proteção para então discipliná-la.

Da mesma forma com que ocorreu durante seu surgimento, novas necessidades sociais e econômicas passaram a exigir alterações na estrutura do condomínio edilício para possibilitar o cumprimento de novas funções, a justificar o merecimento de tutela do conteúdo criado.

Dito de outro modo, o condomínio edilício surge historicamente como uma transformação arquitetônica fruto das necessidades habitacionais e de ocupação racional das áreas urbanas, traduzindo-se em pequenos edifícios compostos por apartamentos e salas comerciais.

Os desafios eram poucos naquele momento, limitando-se a compreensão dessa estrutura composto por um misto das tradicionais e conhecidas propriedade exclusiva das unidades e condomínio em relação às áreas comuns.

Ocorre que na contemporaneidade multiplicam-se os interesses referidos por *Pugliatti*, como ocorre nos condomínios sem construção, formados por lotes de terreno, sem edificação, ou seja, potencialmente edifícios. E também nos condomínios formados por único dono, onde existe multiplicidade de propriedades exclusivas, mas falta multiplicidade de proprietários, já que as unidades são todas pertencentes a dono exclusivo.

Os condomínios residenciais são formados por blocos de construções, cada qual exigindo um novo olhar sobre a maneira de administração, especialmente pelos interesses de cada prédio serem muitas vezes conflitantes com o de outros, impondo-se administração própria com síndicos diversos e convenções de condomínio e manifestações de vontade assembleares que expressarão sofisticado e minucioso exercício da autonomia privada, a justificar a existência de critérios para verificar a legalidade civil-constitucional do conteúdo criado.

Nesse itinerário, é possível extrair e listar algumas conclusões desse trabalho:

1. O condomínio edilício deve ser reconhecido como nova estrutura proprietária (propriedade especial, *sui generis* ou simplesmente condominial edilícia). Embora possua elementos essenciais da propriedade comum e até da copropriedade geral (sem coexistência de partes exclusivas e comuns), como as faculdades de usar, fruir, dispor e reaver (unidades autônomas), acresce-se a copropriedade (áreas comuns) dentro da mesma estrutura físico-jurídica, a justificar a realização de função diversa (harmonização de interesses individuais e comuns com complexa e detalhada disciplina), conferindo autonomia estrutural (proprietária) e disciplina jurídica própria. Ao contrário do modelo proprietário clássico e até do condomínio tradicional, caracteriza-se pela coexistência simbiótica de partes exclusivas (semelhante ao direito de propriedade tradicional) e partes comuns (semelhante ao condomínio tradicional). Cumpre uma função distinta da propriedade tradicional, justificando disciplina jurídica própria, sobretudo com a existência de amplo espaço para atuar a autonomia privada, tal como autorizado expressamente pelo art. 1334 do CC.

2. A pluralidade de estruturas proprietárias determinadas a partir da função que desempenham, com conseqüente disciplina jurídica e verificação de merecimento de tutela, para além da dogmática, encontra fundamento na legislação brasileira, como é o caso da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF) e o conceito de indivisibilidade, ambos dependendo da função desempenhada pela coisa no caso concreto.

3. É inteiramente viável o diálogo entre autonomia privada e direitos reais. Verifica-se que o *numerus clausus*, que possui base legal no art. 167 da Lei 6.015/73, distingue-se por dois conteúdos: i) taxatividade (reserva legal, ligada a fonte, como efeito da oponibilidade *erga omnes* do direito) e tipicidade (conteúdo, ligado ao exercício). Desse modo, o condomínio edilício é previsto taxativamente como direito real (art. 1331 do CC), mas o tipo pode ser moldado pela autonomia privada (art. 1334 do CC). O registro imobiliário pode ser constitutivo de direitos reais (indispensável para sua eficácia *erga omnes*, como ocorre com a compra e venda) ou simplesmente declaratório (indispensável para a disponibilidade, mas não para a eficácia *erga omnes*). Destaca-se o papel do notário e registrador como ator na verificação do merecimento de tutela de novos conteúdos condominiais edilícios.

4. O direito real condominial edilício recai sobre uma coisa imóvel (suporte físico de incidência do direito e que será individuado no registro imobiliário). Tal elemento não se confunde com a coisa objeto do domínio, ligado ao conteúdo do direito real, ligado a um interesse merecedor de proteção de tutela no caso concreto. Se bem jurídico é a coisa que pode ser objeto de relação jurídica, é preciso reconhecer que as modificações sociais, econômicas e tecnológicas permitem que novas coisas possam ser objeto de situações subjetivas, de modo a ser investigado, na dinâmica da atividade econômica, o merecimento de tutela de novos modos de aproveitamento econômico dos bens que modificarão o conteúdo dos direitos reais previsto em lei, como ocorre no condomínio edilício.

5. O condomínio no Brasil evoluiu em três momentos diferentes: i) condomínio geral do CC/16 (sec. XIX e XX); ii) condomínio edilício (sec. XX); iii) novas estruturas condominiais. Historicamente a expressão recai sobre a existência de mais de uma titularidade sobre o mesmo domínio. Tais estágios mostram que as regras sobre o condomínio geral voluntário tornam-se gerais e são aplicáveis ao condomínio edilício, especificamente em relação às áreas comuns objeto da comunhão. Mas a expressão é atualmente insuficiente para explicar a categoria, pois a cotitularidade é elemento acessório e não essencial para sua qualificação.

6. O condomínio edilício, em que pese não ser pessoa, é dotado de subjetividade, devendo participar de relações jurídicas e ser titular de situações jurídicas. Dito de outro modo, não é absoluta a correlação entre pessoa e sujeito de direitos, como propõe a própria

sistematização da Parte Geral do CC, o que se justifica pelo costume normativo e pela confiança gerada pelo amplo espaço social de atuação reconhecido até mesmo pela jurisprudência brasileira e pela legislação (art. 12, IX, do CPC), sendo certo que a legitimidade para estar em juízo pressupõe o reconhecimento implícito de que o condomínio titulariza, a menos em abstrato, situações jurídicas tuteláveis jurisdicionalmente.

7. Distinguem-se instituição (criação, conferindo existência) e constituição do condomínio edilício (negócio jurídico que possibilita a disciplina jurídica do CC). Aplica-se a convenção de condomínio para os ocupantes das unidades a qualquer título (art. 1333, caput), pois o direito real já foi instituído e constituído, sendo o registro um fator de eficácia em relação a terceiros especificamente para as áreas comuns, sendo essa a interpretação do referido parágrafo único na comparação com a revogada Lei 4.591/64 e a Súmula 260 do STJ.

8. As convenções de condomínio e as deliberações da assembleia possuem estrutura e função negocial. Impõe-se identificar critérios para verificar o merecimento de tutela do conteúdo condominial, tal como: i) tais conteúdos são expressões constitucionais da autonomia privada; ii) as restrições ao direito de propriedade exclusivo e comum precisam ser justificadas por algum interesse merecedor de proteção e especialmente atender a um fim socialmente útil (art. 3º, I, CF); iii) as regras da convenção e das assembleias precisam ser interpretadas em conformidade com a boa-fé objetiva (art. 113 do CC) e respeitar as situações de confiança legítima criadas pelo exercício ou não exercício de situações jurídicas (art. 187 da CR); iv) na aplicação da regra a administração do condomínio deve identificar o interesse existencial ou patrimonial envolvido no caso concreto e ponderá-los com outros interesses em colisão; v) tais regras sujeitam-se aos pressupostos de existência, aos requisitos de validade e aos fatores de eficácia dos negócios jurídicos em geral; vi) a Constituição da República atua diretamente nas relações condominiais privadas e pode justificar ou nulificar a regra criada ou prática adotada, tal como as discriminatórias de minorias; vii) as regras criadas devem respeitar os limites estabelecidos pelo CC e legislação extravagante, sendo aquelas predominantemente imperativas; viii) as regras criadas precisam adequar-se a convenção de condomínio e o regimento interno; ix) prevalece o interesse comum sobre o individual; x) presume-se relativamente a legitimidade da regra criada por deliberação do condomínio, por ser expressão do valor constitucional da autonomia privada.

9. Justifica-se o condomínio edilício de único dono pelos inúmeros interesses legítimos que envolve essa realidade. Para tanto, nota-se que a relação jurídica não é necessariamente relação entre sujeitos, podendo haver relações unissubjetivas e até mesmo relações sem sujeitos previamente definidos. Embora o art. 1.331 do CC se refira a “condôminos” ao

descrever o condomínio edilício, a multiplicidade necessária será de propriedades exclusivas e não de proprietários, ou seja, multiplicidade de unidades, cada qual formando uma propriedade exclusiva, somadas as áreas comuns, embora tudo pertencente a proprietário único. De modo que a pluralidade de sujeitos não é elemento essencial e sim acessório do condomínio edilício. Na legislação, vê-se que o art. 23, § 3º, da Lei 8.245/91, assim como a incorporação imobiliária disciplinada pela Lei 4.591/64, preveem expressamente a existência de condomínios de único dono.

10. Outra realidade condominial edilícia desenvolvida pela criatividade propiciada pela livre iniciativa e as necessidades envolvendo a mobilidade urbana recai sobre o *mixed-use development*. Esta realidade é um gênero formado por duas estruturas diferentes: i) *building mixed-use* (edifício de uso misto); ii) *complex mixed-use* (complexo multiuso). Pela primeira, em uma mesma construção são distribuídas atividades diversas pelos andares, como *home, corporate, business, stores* e hoteleiro. Já na segunda estrutura surgem diversas construções, como edifícios residenciais, empresariais e hotéis, ressaltando a importância da autonomia privada para moldar esses novos formatos condominiais, pois a estrutura do condomínio edilício passa a ser utilizada para desenvolver novas funções.

11. O condomínio de hotel, ou condo-hotel, mostra-se mais uma realidade própria das transformações sociais e econômicas, impondo-se o cumprimento de nova função econômica para o condomínio edilício empresarial. Trata-se de opção de investimento coletivo, caracterizado pela criação de um fundo empresarial autônomo formado pelo *pool* de unidades funcionalizadas para a realização dessa função. Mais do que a simples propriedade individual das unidades, o investidor deseja obter o direito de receber os frutos civis decorrentes do conjunto de bens corpóreos e incorpóreos decorrente da operação econômica gerida por profissional com *expertise* no segmento hoteleiro. Em suma, a propriedade da unidade é funcionalizada para o desenvolvimento de uma operação econômica complexa, de modo que o direito real de propriedade torna-se somente um dos elementos essenciais dessa estrutura, ao qual se soma o fundo empresarial que propiciará o retorno do investimento. De modo que cada cláusula estabelecida pelo exercício da autonomia privada no complexo de negócios jurídicos coligados para tal função precisa ter o merecimento de tutela verificado necessariamente a partir desse perfil funcional.

12. No condomínio de lotes urbanos verifica-se a coexistência de partes exclusivas (terrenos não edificadas) e comuns (vias de circulação internas). Destaca-se o caráter meramente essencial da edificação, ou seja, os elementos essenciais estão presentes e não se faz necessário o elemento histórico – e acessório – da construção. Tal realidade não é

reconhecida pela prática registral, que exercendo subsuntivamente um controle de legalidade do título submetido a registro costuma considerar ausente à edificação referida pelo art. 1.333 do CC, assim recusando o registro do título. Na realidade, o processo de loteamento do solo urbano é complexo e exige o cumprimento de rigorosas providências previstas pela Lei 6.766/79. Assim, muitos adquirentes de pequenos lotes urbanos desejam construir condomínios de casas, mas não tem condições de submeterem-se aos rigores da Lei 6.766/79. Assim, acabam adotando a prática ilegal do loteamento irregular ou clandestino, com a venda de frações ideias para formar um condomínio voluntário, sem realizar a doação para o poder público das ruas internas. Tal realidade seria facilmente solucionada se fosse instituído e constituído, via convenção de condomínio, um condomínio edilício destinado à edificação, mesmo que esta inexistisse no momento da criação.

Estrutura e função são elementos de qualquer noção jurídica. O direito não pode tornar-se avesso as mudanças e tampouco deixar de observar e qualificá-las. Se assim não for, corre-se o risco da revolta dos fatos contra o interprete. A estrutura condominial edilícia tem cumprido novas funções, impondo-se verificar quais são os elementos essenciais e acidentais do condomínio edilício para então qualificar essas novas realidades. O debate em torno dos direitos reais poderem moldar a estrutura dos direitos reais relega ao ostracismo a tarefa seguinte, relevantíssima, de verificar se o exercício da autonomia privada na criação do conteúdo condominial merece a tutela do ordenamento jurídico, acompanhando assim as transformações sociais e econômicas.

REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. A Tipicidade dos Direitos Reais. Lisboa: Livraria Petrony, 1968.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Incorporação Imobiliária in AZEVEDO, Fábio de Oliveira & MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Direito Imobiliário. Escritos em Homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015.

BASILIO, João Augusto. Shopping Centers. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BESSONE, Darcy. Direitos Reais. São Paulo: Saraiva, 1998.

BATALHA, Wilson de Sousa Campos. Loteamentos e condomínios. São Paulo: Max Limonad, 1953.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Coisas. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil. Vol. III. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1958

BOBBIO, Norberto. Da Estrutura e Função. Barueri: Manole, 2007.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Incorporação imobiliária à luz do CDC. São Paulo: Saraiva, 2002.

CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos Comentada. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHALHUB, Melhim Namen. Condomínio de Lotes de Terreno Urbano. Revista de Direito Imobiliário. Ano 32. v. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2008.

Código Civil de la República Argentina. Lei nº 340/1869. AbeledoPerrot.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESPÍNOLA, Eduardo. Posse, propriedade, condomínio, direitos autorais. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FLORENZANO, Zola. Condomínio e incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

FRANCO, J. Nascimento & GONDO, Niske. Condomínio em Edifícios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

FRANCO, J. Nascimento & GONDO, Niske. Incorporações Imobiliárias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

FREITAS, A. Teixeira de Freitas, Código Civil – Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

JHERING, Rudolf Von. O Fundamento dos Interdictos Possessorios. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1900.

KATAOKA, Eduardo Takemi. A Coligação Contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. Contratos Conexos. Grupos de Contratos, Redes Contratuais e Contratos Coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Condomínio em Edificações. São Paulo: Saraiva, 2010.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. Direitos Reais e Direitos Intelectuais. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES, João Batista. Condomínio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil, Vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos. Teoria e Prática. São Paulo: Gen, 2010.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Teoria Geral dos Direitos Reais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. Curso de Direito Civil – Direito das Coisas, Vol. V. São Paulo: Atlas, 2015.

MESQUITA, Manuel Henrique. Direitos Reais – Sumário das lições ao curso de 1966-1977. Coimbra.

- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. A Inteligência da Complexidade. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2000.
- NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas, Vol. IV. Rio de Janeiro: 2009.
- OLIVIA, Milena Donato. Do Negócio Fiduciário à Fidúcia. São Paulo: Atlas, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Propriedade Horizontal. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos Reais, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Cousas. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1877.
- PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PUGLIATTI, Salvatore, *La proprietà nel nuovo diritto*. Milão: A. Giuffrè, 1954, p. 159.
- RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Direito das Coisas. Vol. V. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 2009.
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. Direito Registral Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2013.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. A Lei do Inquilinato Comentada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009.
- TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito das Coisas. Vol. IV. São Paulo: Gen. 2015.
- TEPEDINO, Gustavo. Multipropriedade Imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. A estranha revolta dos fatos contra o intérprete in *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol. 31. Rio de Janeiro: Padma, 2007, p. iii.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena & MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VARELA, João de Matos Antunes Varela. *Das Obrigações em Geral*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2000.

VAZ, Lilian Fessler. *Modernidade e Moradia – Habitação Coletiva do Rio de Janeiro nos Séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: Ed. Letras, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do Inquilinato Comentada*. São Paulo: Atlas, 2005.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentário ao Novo Código Civil. Dos Direitos Reais*. Vol. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2002.