



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JÉVERSON LUÍS BOTTEGA

**A PROPRIEDADE HORIZONTAL EM PERSPECTIVA DE DIREITO
COMPARADO – PORTUGAL E BRASIL**

**THE BUILDING CONDOMINIUM IN COMPARATIVE LAW PERSPECTIVE –
PORTUGAL AND BRAZIL**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudo em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil.

ORIENTADORA: Professora Doutora Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim.

Coimbra - PT

2016

RESUMO

O presente trabalho é o resultado de pesquisa sobre o regime jurídico da propriedade horizontal. O objetivo central do estudo foi analisar a propriedade horizontal como direito real autónomo e o instituto jurídico da incorporação imobiliária, a fim de identificar como os sistemas legais, português e brasileiro, podem mutuamente contribuir para o aprimoramento do regime jurídico da propriedade horizontal de cada país.

Palavras-chave: Propriedade Horizontal. Frações Autónomas. Condomínio. Incorporação Imobiliária. Contrato-promessa.

ABSTRACT

The present study is the result of a research on the legal institute of the building condominium. The main point of the paper was to analyze the institute of the building condominium as autonomous right and the legal institute of real estate in order to identify how the Portuguese and Brazilian systems can mutually contribute to the improvement of the legal institute of building condominium of each country.

Keywords: Building condominium. Real estate. Sale contract.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CCP – Código Civil Português.

CCB – Código Civil Brasileiro.

CRP – Código do Registo Predial.

NBR – Norma Brasileira.

CT DGRN – Conselho Técnico da Direcção Geral de Registos e Notariado

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	06
1. A PROPRIEDADE HORIZONTAL COMO DIREITO REAL AUTÓNOMO.....	10
1.1 Conceito e características da propriedade horizontal.....	11
1.2 Natureza jurídica da propriedade horizontal.....	19
1.3 O negócio jurídico de constituição da propriedade horizontal.....	29
1.3.1 Natureza jurídica.....	29
1.3.2 Forma e momento da celebração.....	33
1.3.3 Modalidades e pressupostos de constituição.....	42
1.3.4 Modificação e extinção da propriedade horizontal.....	49
1.4 O registro da propriedade horizontal.....	52
2. O INSTITUTO JURÍDICO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	55
2.1 Conceito de incorporação imobiliária e de incorporador.....	56
2.2 O registro e a extinção da incorporação imobiliária.....	63
2.3 O património de afetação das incorporações imobiliárias.....	79
2.3.1 Conceito.....	80
2.3.2 Deveres do incorporador e a extinção do património de afetação.....	82
2.3.3 Património de afetação e a falência/insolvência do incorporador.....	83
2.3.4 Regime especial tributário do património de afetação.....	87
2.4 O contrato-promessa de transferência das frações autónomas antes do término da obra....	88
2.4.1 O contrato-promessa de frações autónomas.....	89
2.4.2 A transferência de frações autónomas antes do término da obra.....	96
CONCLUSÃO.....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	103

INTRODUÇÃO

O crescimento populacional nos grandes centros urbanos, impulsionado, principalmente, pelo êxodo rural, gera problemas sociais de diversas espécies¹. As dificuldades relacionadas ao referido fenômeno iniciam-se já na chegada dos novos habitantes, uma vez que a maioria das cidades não possui as infra-estruturas básicas necessárias para recebê-los de forma adequada.

A falta de infra-estrutura é percebida tanto na ineficiente prestação dos serviços públicos considerados essenciais (segurança, ensino, saúde, transporte,*etc.*)² quanto na falta de moradias para acomodar os novos habitantes.

Um dos fatores que contribuiu para o surgimento dos referidos problemas é, sem dúvida, o planejamento verticalizado das cidades, caracterizado pelo sistema tradicional de moradias independentes. É que, com a verticalização das edificações, o território do município acaba sendo rapidamente preenchido, gerando déficit de habitações e aumentando as distâncias entre as zonas centrais e periféricas, o que dificulta a prestação dos mencionados serviços públicos.

Nesse contexto, entende-se que, em relação ao sistema tradicional, o modelo habitacional baseado no instituto da propriedade horizontal³ parece ser mais adequado às

¹ Em Portugal, até 1.991, 68% da população já vivia na zona urbana. No Brasil, até 2.002, o percentual era de 82%. Tais dados, somados a uma política ineficiente na área do ordenamento do território e do urbanismo, poderão ocasionar o surgimento dos chamados “bairros de lata” em Portugal e ampliar o processo de favelização no Brasil. Segundo José Afonso da Silva, em termos de direito do ordenamento e do urbanismo, o grande desafio das cidades pós-industriais é, justamente, conseguir desenvolver uma política com a finalidade de agregar os centros urbanos às áreas rurais. Segundo o citado autor, a solução poderá estar no chamado processo de “urbanificação”, ou seja, renovação urbana com a criação de cidades planejadas de modo a integrar a cidade ao campo. SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 26 e 27.

² FRANCO, J. Nascimento. Incorporação Imobiliária - II. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 346.

³ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, esta denominação, propriedade horizontal, “que não encontra justificação histórica, pois que as fontes se lhe não referem, prende-se a uma idéia de simetria racional. Pelo fato de não ser usada pelos romanos a divisão do imóvel, e especialmente do edifício, senão por planos *verticais*, que permitiam a projeção espacial do domínio para o alto, *usque ad coelum*, e para baixo, *usque ad inferos*, e de se não ter vulgarizado, senão recentemente, a divisão por *planos horizontais*, alguns escritores começaram a ver aí uma propriedade *horizontalmente dividida*, ou por condensação de linguagem, uma *propriedade horizontal*”. PEREIRA. Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 40.

necessidades urbanísticas das cidades modernas, principalmente nas áreas de acentuada densidade demográfica⁴. Isso porque, nos empreendimentos imobiliários idealizados a partir do instituto da propriedade horizontal, a construção passa a desenvolver-se mais em altura, à custa do espaço aéreo, do que em superfície à custa do solo⁵.

Além de ajudar a travar o crescimento territorial descomunal das cidades, pode-se dizer, ainda, que o instituto da propriedade horizontal também auxilia a minimizar o efeito da falta de solo disponível para construção, que está cada vez mais escasso e caro⁶.

Em Portugal, a primeira norma a considerar possível a existência de mais de um dono sobre as diferentes partes de uma mesma edificação foi a prevista no título LXVIII do Livro 1.º, §34, das Ordenações Filipinas, que assim estabelecia: “se uma casa for de dois senhorios de maneira que de um deles seja o sótão e de outro o sobrado, não poderá aquele, cujo for o sobrado, fazer janela sobre o portal daquele cujo for o sótão, ou loja, nem outro edifício algum”.

Contudo, o aprimoramento da figura jurídica da propriedade em planos horizontais, e sua conseqüente estruturação legislativa⁷, só ganharam maiores proporções,

⁴ Segundo J. Nascimento Franco, “a propriedade horizontal ganhou definitivo impulso depois da I Guerra Mundial, devido à transferência cada vez maior da população rural para a cidade e ao aprimoramento da técnica da engenharia civil na construção de edifícios gigantescos nos grandes países, principalmente nos EUA. A falta de habitações e o encarecimento dos terrenos só puderam ser superados pela construção dos edifícios de apartamento, que permitem maior aproveitamento, e por preço menos oneroso, do solo urbano. Cumpria, pois, instituir o regime jurídico do novo tipo de copropriedade, em razão das singularidades que o caracterizavam”. FRANCO, J. Nascimento. Condomínio em Edifícios. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 431.

⁵ Número 1, do Decreto-Lei nº 40.333/55, de 14 de outubro.

⁶ MESQUITA, Manuel Henrique. A propriedade horizontal no Código Civil Português. Revista de direito e de estudos sociais, ano XXIII, jan.-dez., nº 1-2-3-4. Coimbra, 1978. p. 5. No mesmo sentido, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 290. Também no mesmo sentido, Haroldo Valladão, citado por J. Nascimento Franco, afirma que “o horror à indivisão, ao condomínio, é signo de individualismo superado; ele se impõe para facilitar as modernas edificações urbanas, os clubes de campo, as colônias de férias etc. É forma autêntica de integração que deve ser estimulada pela legislação.” FRANCO, J. Nascimento. Incorporação Imobiliária - II. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 347.

⁷ Vale referir, utilizando-se da doutrina de Caio Mário da Silva Pereira, que, no que toca a propriedade horizontal, o jurista do século XX não encontrou uma exposição dogmática da matéria nem uma experiência legislativa de que se pudesse valer. Mesmo o Código de Napoleão, que inaugurou o momento das grandes codificações, não deu a importância necessária ao instituto da propriedade horizontal, limitando-se a determinar, no artigo 644, que, se os diferentes andares de uma casa não pertencessem ao mesmo proprietário, todos suportariam, por inteiro, as despesas de reparação e reconstrução das paredes mestras e do teto, na proporção do valor de seu andar, cabendo a cada um seu respectivo piso, e a cada um a escada do andar inferior até o seu. PEREIRA. Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 37.

como era de se esperar, com o crescimento das aglomerações urbanas, com o desenvolvimento das cidades e com o encarecimento das obras⁸.

Após ter sido regulado pelo artigo 2.335.º, do Código Civil Português de 1.867, e pelo Decreto-Lei nº 40.333/55, atualmente, o regime legal da propriedade horizontal está disciplinado nos artigos 1.414.º e seguintes, do Código Civil Português (CCP) de 1.966⁹, bem como no Decreto-Lei nº 268/94.

No Brasil, por sua vez, a origem legislativa da propriedade horizontal também está nas Ordenações Filipinas, que vigoraram no território brasileiro até a entrada em vigor do Código Civil de 1.916.

Entretanto, os primeiros diplomas legais editados no Brasil sobre a matéria, após o Código Civil de 1916 não ter disciplinado o instituto, foram o Decreto nº 5.481/28, o Decreto-Lei nº 5.234/43 e a Lei nº 285/48. Atualmente, o regime legal da propriedade horizontal está disciplinado na Lei 4.591/64¹⁰, regulamentada pelo Decreto nº 55.815/65, na Lei nº 4.864/65 (Lei de Estímulo à Construção Civil) e nos artigos 1.331 e seguintes, do Código Civil Brasileiro (CCB) de 2.002¹¹.

Pelo exposto, verifica-se que o fato social relativo às habitações concentradas vem de tempos remotos e, desde então, os juristas têm estudado e debatido a figura da propriedade em planos horizontais. Sabe-se, portanto, que o tema não é novo. Aliás, como

⁸ SCHMIDT, Francisco Arnaldo. Incorporação Imobiliária. Porto Alegre: Secovi/RS, 1.995. p.19.

⁹ Cumpre referir que, no que se refere à propriedade horizontal, o Código Civil Português foi alterado pelo Decreto-Lei nº 267/94, cujas modificações foram inseridas no próprio texto do Código. Além disso, matéria referente à administração do condomínio, especialmente quanto à possibilidade de abertura de conta bancária para constituição de fundo de reserva, está positivada no Decreto-Lei nº 269/94.

¹⁰ Segundo a doutrina majoritária, a Lei 4.591/64 não foi revogada pelo Código Civil de 2002. Assim, os artigos, que não dispõem em contrário do previsto na lei civil de 2002, seguem em vigor. CHALHUB, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹¹ Além dos sistemas legislativos português e brasileiro, outros merecem destaque. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, na Bélgica, a lei de 1924 modificou o Código Civil no que diz respeito à propriedade horizontal. Em França, a lei de 28 de junho de 1938 revogou o artigo do Código e instituiu novo regime para a propriedade em comum. Em Itália, a legislação de 1934 e 1935 disciplinou em termos modernos as relações entre condôminos sobre casas, e o Código Civil, arts. 1.117 e seguintes, determinou os princípios do condomínio nos edifícios. Em Espanha, o art. 396 do Código foi modificado pela lei de 1939, que ofereceu nova regulamentação à comunhão de bens, no tocante à propriedade dos diferentes andares de um edifício. Na Argentina, a lei de 1948 detidamente tratou da propriedade horizontal. O Chile o fez em 1937, o Uruguai em 1946, a Venezuela em 1957. O Código mexicano de 1928 (art. 951) alude à divisão por planos horizontais, o do Japão, § 208, fala na copropriedade das partes comuns de edifícios. O Código Civil da China, de 1929-1931, regulando a compropriedade, não se refere explicitamente à divisão horizontal. O Código Civil da Grécia, de 1946, art. 1.117, instituiu a compropriedade necessária das partes de imóvel dividido em andares. PEREIRA. Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 40.

disse Caio Mário da Silva Pereira, na sua obra “Condomínio e Incorporações”¹², “em verdade, novo, totalmente novo, nada há debaixo do sol”. Contudo, em que pese existam vários estudos a respeito da propriedade horizontal, este trabalho se propõe a identificar os pontos que ainda não foram esgotados pela doutrina e, sobretudo, encaminhar a investigação em perspectiva de direito comparado – Portugal e Brasil.

Nesse contexto, a pesquisa foi realizada a partir do método investigativo, com análise bibliográfica das doutrinas e legislações, sendo que, com o objetivo de sistematizar cientificamente a abordagem do tema, o estudo foi dividido em dois capítulos.

O primeiro capítulo foi destinado ao estudo da propriedade horizontal como direito real autónomo. Ao abordar o conceito, as características, a natureza jurídica e o negócio de constituição da propriedade horizontal, o objetivo foi identificar como o regime jurídico português poderia contribuir para aprimorar o regime jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, o estudo voltou-se à transferência das frações autónomas antes do término da obra. Seguindo o sentido oposto ao desenvolvido no primeiro capítulo, ao abordar o ato jurídico da incorporação imobiliária (denominado em Portugal de *promoção imobiliária*), a ideia foi demonstrar que, nesse caso, o regime jurídico brasileiro poderia contribuir para aprimorar o sistema português.

¹² PEREIRA. Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 35.

1. A PROPRIEDADE HORIZONTAL COMO DIREITO REAL AUTÓNOMO

A evolução jurídica e legislativa da propriedade horizontal fez com que diferentes nomenclaturas fossem usadas para denominá-la. No Código Civil Português de 1.966 encontra-se a nomenclatura “propriedade horizontal”¹³. O Decreto-Lei nº 40.333/55, em contrapartida, utiliza a denominação “propriedade por andares”. A doutrina portuguesa tradicional¹⁴, a seu turno, usa a designação “condomínio”.

Das diferentes nomenclaturas acima referidas, entende-se que a mais adequada é a usada pelo Código Civil Português, ou seja, “propriedade horizontal”. Isso porque a referida denominação está relacionada ao exercício do direito, que, nessa espécie de propriedade, se dá em planos horizontais¹⁵.

A designação “propriedade por andares”, por sua vez, não parece estar tecnicamente correta, pois poderão existir edifícios com mais de uma propriedade por andar¹⁶. Da mesma forma, a nomenclatura “condomínio”, usada pela doutrina portuguesa tradicional, também parece estar equivocada, pois, como será defendido adiante, a propriedade horizontal poderá existir e produzir efeitos independentemente da pluralidade de proprietários de frações autónomas.

¹³ Para Caio Mário da Silva Pereira, “embora fruto de um passado, pois que a *propriedade horizontal* nasceu precisamente da construção em sentido vertical, a adoção desse nome é convincente, e desperta no espírito de quem o ouve ou lê a ideia precisa de que se trata daquele complexo de direitos, faculdades e deveres ligado ao edifício de apartamentos”. PEREIRA. Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 41.

¹⁴ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

¹⁵ Afirmar que o exercício do direito de propriedade se dá em planos horizontais quer dizer que as frações autónomas não possuem independência estrutural. Na prática, isso implica a impossibilidade de o proprietário realizar modificações que aumentem ou diminuam a área construída da unidade sem a autorização unânime dos demais condóminos. Esse entendimento vale tanto para as propriedades horizontais compostas por prédio com um ou mais pavimentos, como para as compostas por casas térreas ou assobradadas. Importante destacar, contudo, que, parte respeitável da doutrina (e.g., MESQUITA, Manuel Henrique. A propriedade horizontal no Código Civil Português. Revista de direito e de estudos sociais, ano XXIII, jan.-dez., nº 1-2-3-4. Coimbra, 1978. p. 8), entende que, no caso de casas térreas ou assobradadas, a propriedade deixaria de ser horizontal para ser vertical. Vale referir que, até a criação do artigo 1.438.º-A, do CCP, pelo Decreto-Lei nº 267/94, as propriedades verticais que possuíssem autonomia estrutural (construções independentes) não podiam ser abrangidas pelo regime da propriedade horizontal.

¹⁶ LOPES, J. de Seabra. Direito dos Registos e do Notariado. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 323.

No Brasil, o instituto da propriedade horizontal também possui diferentes nomenclaturas. O Código Civil Brasileiro de 2.002 usa a designação “condomínio edilício”. A Lei nº 4.591/64, em contrapartida, refere-se ao instituto como “condomínio em edificações”. Na doutrina brasileira é possível encontrar tanto a denominação “condomínio horizontal”¹⁷ quanto “condomínio especial”¹⁸.

No direito brasileiro, denominar a propriedade horizontal de “condomínio” pode ser considerado correto, pois, como será visto, o entendimento maioritário é de que a propriedade horizontal possui natureza jurídica de condomínio. Sendo assim, todas as expressões que acompanham a palavra “condomínio” têm diferentes justificativas e parecem ser coerentes.

Quanto às denominações legais, a palavra “edilício” tem origem no latim *aedilicium* que diz respeito à edificação. Assim, considerando que a propriedade horizontal não existe sem que haja edificação, a denominação encontra justificativa em um dos pressupostos de existência do instituto. O mesmo argumento pode ser usado para defender a expressão “em edificações”.

As denominações usadas pela doutrina brasileira, por sua vez, possuem diferentes justificativas. A nomenclatura “condomínio horizontal” está relacionada ao exercício do direito de propriedade que, no instituto estudado, se dá em planos horizontais. Já a denominação “condomínio especial” é usada pela doutrina brasileira para diferenciá-lo do condomínio comum (compropriedade)¹⁹.

Tendo em vista as diferentes nomenclaturas do instituto da propriedade horizontal, cumpre referir que, no desenvolvimento do estudo, dependendo da fonte legal ou doutrinária utilizada, poderá aparecer qualquer uma das denominações acima referidas.

1.1 Conceito e características da propriedade horizontal

A regra geral do direito de propriedade é de que sobre um edifício incorporado no solo recaia um único direito de propriedade, pertencente a um ou mais titulares,

¹⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

¹⁸GOMES, Orlando. Direitos reais. São Paulo: Forense, 2008.

¹⁹ Na doutrina, ainda é possível identificar outras designações. Carlos Maximiliano adotou *condomínio relativo*; Espínola opta por *condomínio de edifícios com apartamentos autônomos*; Campos Batalha prefere *condomínio por andares ou apartamentos*; Serpa Lopes sugere *propriedade em planos horizontais*; J. N. Franco e N. Gondo referem-se a *Condomínio em Edifícios*. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 41.

abrangendo esse direito não apenas o solo, mas também as construções nele erigidas. A propriedade horizontal, contudo, é exceção a essa regra²⁰.

O nascimento jurídico da propriedade horizontal ocorre quando o(s) proprietário(s), a partir da celebração de um negócio jurídico contendo a identificação das unidades consideradas isoladamente e o ordenamento concernente às partes destinadas ao uso comum, submete(m) a edificação e o terreno sobre o qual a mesma foi erigida ao regime especial previsto nos artigos 1.414.º e seguintes, do CCP (artigos 1.331 e seguintes, do CCB).

Com a celebração do instrumento de constituição pelo(s) proprietário(s) do imóvel, os direitos de usar, fruir, transformar e dispor, inerentes à propriedade, passam a ser limitados por normas pré-estabelecidas por lei ou convenção do(s) proprietário(s).

No mesmo sentido, e esmiuçando ainda mais o conceito, Abílio Neto²¹ afirma que:

“O que caracteriza a propriedade horizontal, e confere ao respectivo instituto verdadeira especificidade, é o facto de um mesmo edifício (ou conjunto de edifício), dotados de estrutura unitária, estar decomposto em fracções autónomas, que constituem unidades independentes, as quais, no entanto, só gozam de autonomia funcional através da utilização de partes comuns do edifício, necessariamente afectas ao serviço de todas elas. (...).

Assim, porque as fracções representam unidades independentes, cada uma delas pode pertencer, em exclusivo, a um proprietário distinto, que sobre ela exercerá todos os direitos do proprietário singular; mas porque, isoladamente consideradas, são componentes de um mesmo edifício, estabelece-se, desde logo, uma acentuada interdependência entre os diversos condóminos, traduzida em cerceamentos ou limitações ao livre e incondicionado exercício dos direitos de proprietário singular (arts. 1422.º e 1428.º); além disso, porque só através das partes comuns do prédio é que cada uma das fracções que o compõem adquire verdadeira funcionalidade e autonomia, os condóminos assumem, em relação a essas mesmas partes comuns, a posição de comproprietários. Em suma, a propriedade distinta de cada fracção não se estende ao próprio prédio, porquanto este permanece na contitularidade de todos os condóminos, apesar daquela autonomia ao nível da fracção.”

Segundo Orlando Gomes,

É conhecida a estrutura jurídica da propriedade horizontal. Constitui-se por um conjunto de propriedades exclusivas de unidades independentes incorporadas no mesmo edifício, completadas pelo condomínio forçado, do terreno e de partes da construção que não podem ser privativas. Definiram-na bem os autores do parecer da Câmara corporativa portuguesa sobre o decreto que originou a Lei nº 40.333, aproveitada no Código Civil de 1966 (arts. 1.414 e seg.). Nesse documento, assim se descreveu a estrutura da propriedade horizontal – “cada proprietário tem um direito exclusivo, mas, para que esse direito constitua propriedade de uma casa incorporada no solo, é integrado por uma comunhão nas paredes não exclusivas do prédio que assegura ao proprietário, na medida do possível, a plenitude da propriedade de raiz”.

²⁰ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 391.

²¹ NETO, Abílio. Manual da propriedade horizontal. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2006. p. 9 e 10.

Caio Mario da Silva Pereira²², autor do anteprojeto da lei brasileira de condomínio em edificações, nos ensina que:

“A essência do condomínio nos edifícios coletivos reside em que deve ele ser constituído de partes que são de utilização exclusiva, consistindo no direito de propriedade sobre a unidade de seu titular, e partes que são comuns a todos, devendo o direito sobre as mesmas ser subordinado ao conceito condominial. O proprietário de uma unidade no edifício coletivo somente tem a possibilidade material e jurídica de sua utilização se ao mesmo tempo lhe é assegurada a das partes comuns. Daí resulta que o conceito do condomínio edilício há de assentar na reunião orgânica e indissolúvel da propriedade exclusiva, incidente sobre a unidade, e o condomínio sobre as partes e coisas comuns.”

Estabelecido o conceito jurídico da propriedade horizontal, passa-se à análise das principais características do instituto, que, quanto a sua estrutura, são as seguintes:

a) existência de áreas de uso comum e áreas de uso privativo.

As coisas de uso privativo são aquelas utilizadas individualmente por cada proprietário (escritórios, lojas, garagens, apartamentos, casas, *etc.*). As coisas de uso comum, por sua vez, são aquelas que, por disposição no ato de instituição da propriedade horizontal, foram definidas como de utilização comum por todos (áreas de uso comum de divisão proporcional, das quais são exemplos: vestíbulo, circulações, salão de festa, piscina, quadras poliesportivas, garagens, *etc.*) ou por um grupo de proprietários (áreas de uso comum de divisão não proporcional, das quais são exemplos: jardins, pátios, escadas, vagas de estacionamento, arrecadações (depósitos), *etc.*);

b) a cada unidade autónoma deve corresponder uma fração ideal no terreno e nas partes comuns.

É através da fração ideal que ocorre a fusão da propriedade exclusiva com a comum. Nesse sentido, a unidade autónoma e o solo formam um todo, constituindo a propriedade horizontal figura jurídica de natureza complexa na qual não se pode dizer que é principal a unidade autónoma ou o terreno idealmente repartido²³;

c) para a caracterização do prédio não há restrição (salvo as impostas por regras urbanísticas) quanto ao número de unidades autónomas, material empregado na construção (desde que não seja de carácter transitório) e número de pavimentos ou tamanho das unidades;

²²PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. IV. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 185 e 189.

²³MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Predial. Tomo II. 2ª edição. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 148.

d) cada fração autónoma deve ter acesso próprio à via pública ou à área comum que dê acesso à via pública. Essa característica é essencial para que determinada área possa ser considerada de utilização privativa;

e) o prédio deve ter destinação específica (residencial, comercial ou misto) e é recomendável que a ele seja indicada uma denominação²⁴;

f) as unidades serão identificadas de modo que fiquem individualizadas²⁵. A individualização das unidades deve constar tanto do título constitutivo quanto do registro.

Em Portugal, a partir do estabelecido no título, o registro deve fazer menção da série de letras correspondentes às frações para efeitos da sua individualização (artigo 82.º, nº 2, do Código de Registro Predial - CRP) e realizar, depois, uma descrição subordinada de cada fração autónoma, com menção do número da descrição genérica do prédio, seguido da letra ou letras das frações por ordem alfabética (artigo 83.º, nº 1, a, do CRP), e menções relativas às características do prédio (artigo 83.º, nº 1, c, do CRP). O extrato da inscrição deve conter, também, as menções especiais pertinentes ao valor relativo de cada unidade, expresso em percentagem ou permilagem, à existência de regulamento, caso este conste do título constitutivo, e aos direitos dos condóminos neste título especialmente regulados (artigo 95.º, nº 1, q, do CRP).

No Brasil, a perfeita identificação de uma unidade, que será transcrita na matrícula da unidade junto ao registro, se faz mediante a indicação dos seguintes elementos: a designação numérica ou alfabética; a destinação; a localização por pavimento; a situação dentro do pavimento; a área privativa; a correspondente área de uso comum de divisão proporcional; a eventual existência de área de uso comum de divisão não proporcional; a área total; a fração ideal de terreno e das coisas comuns²⁶.

Cumprir referir, ainda, que, após a criação do artigo 1.438.º-A²⁷, do CCP, pelo Decreto-Lei nº 267/94, de 25 de outubro, é possível instituir em Portugal a propriedade horizontal nos empreendimentos de casas edificadas de forma independente ou ao conjunto

²⁴ O artigo 82.º, nº 1, “c”, do Código de Registro Predial, prevê a “denominação” do prédio como um dos elementos da sua descrição. Importante esclarecer, contudo, que, ao contrário do que ocorre com as pessoas coletivas, é possível existir mais de um prédio (propriedade horizontal) com a mesma denominação.

²⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 292.

²⁶ MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporações no Registro de Imóveis. 3ª edição. Porto Alegre: Norton Editor, 2010. p. 41.

²⁷ Artigo 1438.º-A: Propriedade horizontal de conjuntos de edifícios – O regime previsto neste capítulo pode ser aplicado, com as necessárias adaptações, a conjuntos de edifícios contíguos funcionalmente ligados entre si pela existência de partes comuns afectadas ao uso de todas ou algumas unidades ou fracções que os compõem.

de moradias geminadas de um só piso²⁸. Nesses empreendimentos, a área comum existirá, pelo menos, em relação ao terreno (pode existir também sobre as áreas destinadas à recreação), sendo que as partes privativas incidirão sobre as edificações.

A lei brasileira de condomínios e incorporações também prevê a possibilidade de instituir a propriedade horizontal nos empreendimentos de casas térreas ou assobradadas. O artigo 8º, da Lei nº 4.591/94, assim estabelece:

“Art. 8º Quando, em terreno onde não houver edificação, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário dêste ou o promitente cessionário sôbre êle 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 sôbre 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.”

Tanto o artigo 1.438.º-A, do CCP, quanto as alíneas “b”, “c” e “d”, da Lei brasileira de condomínio e incorporação, possibilitam, ainda, a formação do que a doutrina tem denominado de “super condomínio”, “subcondomínio” ou “desdobramento do condomínio”²⁹.

Os autores portugueses João Torroaes Valente e Maria Goreti Rebelo³⁰ conceituam o subcondomínio da seguinte forma:

O conjunto de edifícios ligados entre si por partes comuns e sujeitos todos ao mesmo e único regime de propriedade horizontal, com a distinção de que não tem por objeto um único edifício, mas sim vários. Esta figura corresponde aos usualmente designados “supercondomínios”.

Segundo Mónica Jardim³¹, através do artigo 1.438.º-A, do CCP, “o legislador português passou a admitir que a construção, num mesmo terreno, de vários prédios sem ligações estruturais entre si pudesse ser concretizada independentemente de uma operação

²⁸ JUSTO, Antônio dos Santos. Direitos Reais. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 328.

²⁹ FRANÇA. R. Limongi. Condomínio por unidades autônomas. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 450.

³⁰ VALENTE, João Torroaes; REBELO, Maria Goreti. Loteamento VS Propriedade Horizontal. Revista Vida Imobiliária. Nº 91. Junho de 2005. Cidade do Porto. Portugal. Disponível em www.uria.com/esp/publicaciones/art.asp?id=40. Acesso em 10 de março de 2011.

³¹ JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa. Propriedade horizontal, conjuntos imobiliários e registro I. Disponível em: http://www.fd.uc.pt/cenor/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=41&Itemid=53&limitstart=16. Acesso em 30 de novembro de 12.

de loteamento sujeita a licenciamento municipal e, portanto, à margem de uma divisão fundiária”.

Ainda segundo a citada autora:

O objecto da propriedade horizontal tem aqui uma especial natureza ou conformação: não é um prédio mas um conjunto de edifícios contíguos e as partes comuns que funcionalmente os ligam e que estão afectadas ao uso de todas ou algumas das unidades ou fracções que os compõem.

Os edifícios que formam o conjunto podem ser apenas unidades imobiliárias que são objecto de distintos direitos de propriedade, edifícios fraccionados, sujeitos cada um deles ao regime da propriedade horizontal, ou unidades imobiliárias autónomas e edifícios fraccionados.

Os edifícios que formam o conjunto têm apenas de ser contíguos, vizinhos, não sendo exigível, obviamente, qualquer ligação estrutural ou material entre eles, uma vez que quando ela existe aplica-se, como resulta do anteriormente afirmado, o regime da propriedade horizontal sobre um edifício. O que será de exigir é que os edifícios formem uma certa unidade espacial ou territorial.

Dentre os autores brasileiros, Caio Mario da Silva Pereira³² explica o fenómeno do subcondomínio, ao comentar o artigo 8º da Lei 4.591/64:

“Nos últimos tempos, mesmo no regime do Dec. 5.481, de 1.928, e ao arripio de sua letra, que condicionava a propriedade horizontal ao número de pavimentos e ao material de construção, surgiu a idéia de se fazerem construções em praias, balneários, lugares pitorescos *etc.*, que os interessados vinculavam ao mesmo sistema, embora não pudessem invocar a sua tutela. A Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1.964, olhou para o assunto (art.8º) e abraçou na sua disciplina esta modalidade especial de aproveitamento condominial de espaço. Estabeleceu regras específicas para o caso de se levantar mais de uma edificação em terreno aberto, ainda que não ocorra superposição de unidades. Em tais circunstâncias, em relação às unidades autónomas que se constituírem de casas térreas ou assobradadas, será discriminada a parte do terreno ocupada pela edificação e também aquela eventualmente reservada como de utilidade exclusiva, e bem assim a fração ideal sobre a totalidade do terreno e partes comuns, correspondente a cada unidade (art. 8º, alínea a).

A lei 4.864, de 29 de dezembro de 1.965, permite, para essa modalidade condominial, o desdobramento da incorporação em várias incorporações, fixando a convenção ou o contrato prévio, os direitos e as relações de propriedade entre condóminos das várias edificações. Nada impede, portanto, que no regime da propriedade horizontal se conjugue o edifício de apartamentos com a idéia de construções em terreno aberto. O problema residirá na definição precisa das partes e coisas comuns e sua distinção das de uso exclusivo, o que constitui matéria da “convenção de condomínio”.

Diversamente da sua propriedade horizontal típica, em que a cada unidade se vinculam apenas a quota ideal do terreno e partes comuns, aqui existem uma unidade autónoma, uma parte de terreno edificado, uma parte de terreno reservada como de utilidade exclusiva para jardim ou quintal e ainda a fração ideal sobre o que constitui o condomínio.

Se nesse conjunto houver edifício de dois ou mais pavimentos, será discriminada a parte de terreno ocupada pela edificação, aquela que eventualmente for de propriedade exclusiva, correspondente às unidades do edifício, e ainda a fração ideal da totalidade do terreno e das partes comuns, que corresponderá a cada unidade.

No entanto, a peculiaridade deste tipo condominial é que, além das partes e coisas comuns habitualmente componentes, há outras que devem ser discriminadas, com menção da fração ideal que, nelas, corresponde a cada unidade, e as partes de terreno que poderão ser utilizadas em comum pelos titulares de direito sobre os vários tipos de unidades autónomas, tais como playgrounds, salas de reuniões, restaurantes, cinemas, *etc.*

Discriminar-se-ão, ainda, as áreas que se constituem em passagem comum para as vias públicas ou para as partes utilizadas entre si ou os caminhos de acesso à praia, à fonte, ao lugar aprazível e pitoresco *etc.*

³² PEREIRA. Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 44.

O princípio jurídico dominante é o mesmo do edifício urbano, guardadas as peculiaridades especiais. Cada titular é o dono da sua unidade e, como se lhe reserva um terreno à utilização exclusiva, pode cercá-lo ou fechá-lo, observando o tipo de tapume previsto na convenção. Mas não lhe assiste o direito de dissociar a sua unidade do conjunto condominial nem separá-la da fração ideal que lhe corresponde nesse conjunto. E muito menos apropriar-se das partes de uso comum ou embaraçar sua utilização pelos demais.

E tem de sujeitar-se às regras da Convenção de Condomínio, observando as restrições nela constantes, o regulamento do uso por todos, enfim, obedecendo às normas do direito estatutário, além do direito comum, porque instituídas em benefício da convivência, que um dos condóminos não pode egoisticamente perturbar.”

Para essa modalidade de propriedade horizontal, é importante que, no projeto de construção, já conste discriminadas as áreas individuais e os limites comuns entre os diferentes tipos de edificação, de forma a evitar futuros conflitos.

Nos super condomínios, a regra é a existência de dupla fração ideal (uma para o conjunto de edifícios e outra para cada um dos edifícios fracionados)³³, obrigando o condómino a participar tanto das despesas do condomínio onde mora, quanto das despesas do condomínio geral, que engloba os demais blocos, prestigiando o controle da segurança, estacionamento, manutenção urbanística e outras de uso geral do empreendimento, tais como clubes privativos³⁴.

Importante frisar, ainda, que, diante das diferentes destinações que cada subcondomínio pode ter, as peculiaridades de cada um podem tornar inviável a vida em comunidade. Sendo assim, importante, ao encaminhar o registro da propriedade horizontal, observar as peculiaridades de cada edificação, criando regras de convívio adequadas à destinação do empreendimento, principalmente quando no mesmo condomínio existirem prédios com destinação distinta.

Por óbvio, o regramento específico de cada subcondomínio, atendendo às características e função de cada tipo de edificação, caberá à Convenção de Condomínio. Com caráter normativo entre os condóminos, a convenção de condomínio, portanto, vai disciplinar os direitos e deveres dos condóminos nos vários subcondomínios, observadas as características de cada um, em função do tipo de edificação que contêm.

Por fim, cabe destacar que, no direito brasileiro, além de a propriedade horizontal ser instituída em prédio com estrutura construtiva verticalizada e em casas térreas ou

³³ JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa. Propriedade horizontal, conjuntos imobiliários e registro I. Disponível em: http://www.fd.uc.pt/cenor/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=41&Itemid=53&limitstart=16. Acesso em 30 de novembro de 12.

³⁴ AGHIARIAN, Hércules. Curso de Direito Imobiliário. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p 176 a 178.

assobradadas, tem ganhado força, nos últimos anos, uma nova espécie de propriedade horizontal, formada por lotes representados por frações ideais que compõem um terreno maior. A doutrina brasileira³⁵ denominou essa modalidade de propriedade horizontal de “condomínio urbanístico”.

O condomínio urbanístico possui as mesmas características do condomínio edilício, contudo, as unidades autônomas são representadas por lotes individuais destinados às futuras edificações. O que diferencia o chamado condomínio urbanístico das demais espécies de propriedade horizontal é, portanto, a inexistência de edificação para a configuração das unidades autônomas, que, na nova espécie, será representada por lotes integrados em um terreno maior.

A justificativa social para o surgimento da nova figura jurídica está relacionada à falta de segurança pública nas cidades, problema ainda presente na maioria dos grandes centros urbanos brasileiros. Assim, buscando morar em locais mais seguros, a sociedade brasileira tem preferido os empreendimentos imobiliários regidos pelo instituto da propriedade horizontal às formas tradicionais de habitações independentes. Todavia, se, de um lado, a sociedade anseia por segurança, de outro, quer liberdade para decidir o formato arquitetônico de sua moradia, já que a característica dos condomínios edilícios tradicionais é a similaridade entre as edificações que constituem as unidades autônomas (essa situação é mais evidente nos condomínios de casas).

Nesse contexto, foram editadas, no Brasil, legislações municipais (a partir da competência outorgada pelo artigo 30, IX da Constituição da República Federativa do Brasil) no intuito de regradar juridicamente o novo fato social. Com a finalidade de normatizar, em âmbito nacional, a figura do condomínio urbanístico, tramita no congresso nacional brasileiro o Projeto de Lei nº 20/2007. Ao buscar a positivação do instituto o legislador parece agir de forma correta, pois o direito, na sua função de regular o fato social criado a partir das necessidades dos cidadãos, não pode ser estático, sob pena de encaminhar os novos fatos sociais a existirem à margem da regularidade.

Pelo exposto, no Brasil, é possível identificar duas espécies de propriedade horizontal (condomínio por unidades autônomas). Na primeira (condomínio edilício), a edificação é obrigatória para a instituição da propriedade horizontal, na medida em que as unidades autônomas serão as próprias edificações (sejam elas representadas por edifícios,

³⁵ SCHMIDT, Francisco Arnaldo. Condomínio Horizontal de Lotes – Novo Direito Imobiliário e Registral – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

casas ou conjunto de edificações). A segunda espécie (condomínio urbanístico), por sua vez, caracteriza-se pela inexistência de edificação para a configuração das unidades autônomas, que será representada por lotes destinados à edificação que compõem o terreno maior³⁶.

1.2 Natureza jurídica da propriedade horizontal

Antes de analisar as teorias que buscam explicar a natureza jurídica da propriedade horizontal, entende-se necessário desassociá-la da figura do condomínio.

Em regra, a propriedade horizontal é constituída para possibilitar a alienação livre das unidades autônomas, atingindo a plenitude das suas funções com o surgimento do condomínio. Contudo, entende-se que a instituição do regime da propriedade horizontal independe da pluralidade de proprietários das diferentes unidades autônomas, pois a autonomia das unidades está relacionada ao objeto e não ao sujeito³⁷.

Nesse sentido, Niske Gondo e J. Nascimento Franco³⁸ enfatizam:

A propriedade horizontal é um direito autônomo que se distingue preferencialmente por suas próprias características e nem sempre resulta de um condomínio, pois o proprietário único de um edifício pode submetê-lo ao sistema da propriedade horizontal, bem como outorgar a convenção e o regulamento, surgindo, em lugar de uma só propriedade (o edifício), diversas unidades que podem ser alienadas ou oneradas isoladamente. Em suma, é a propriedade de unidades privativas (e não de proprietários) que dá origem à propriedade horizontal.

Verifica-se, portanto, que a constituição da propriedade horizontal é pressuposto para a existência do condomínio e, quando englobada por este, atinge, conforme dito, a plenitude de seus efeitos; todavia, a instituição da propriedade horizontal não depende da existência do condomínio³⁹.

³⁶ Nesse sentido: FRANÇA. R. Limongi. Condomínio. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 399; FRANÇA. R. Limongi. Condomínio por unidades autônomas. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 445.

³⁷ MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporações no Registro de Imóveis. 3ª edição. Porto Alegre: Norton Editor, 2010. p. 29.

³⁸ FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. Condomínio em Edifícios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 14.

³⁹ MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporações no Registro de Imóveis. 3ª edição. Porto Alegre: Norton Editor, 2010. p. 29.

Dito isso, passa-se à análise da natureza jurídica da propriedade horizontal que, como será visto, é controvertida e pode variar de acordo com o ordenamento jurídico de cada país⁴⁰. As principais correntes encontradas na doutrina são:

I. Pessoa coletiva:

Para Carnelutti, Luzzatto e Carbonnier⁴¹, a propriedade horizontal seria uma pessoa coletiva. Contudo, entre nós, o fato de o condomínio não ter personalidade jurídica e de o edifício não possuir autonomia patrimonial⁴², tornam a tese defendida pelos citados autores insustentável. Na mesma linha, também não seria possível entender a propriedade horizontal como uma espécie de sociedade entre os condóminos, pois lhes falta o chamado *affectio societatis*, na medida em que o vínculo jurídico que congrega os proprietários é *real* e não *personal*.

Cumprido esclarecer que não se deve confundir a impossibilidade de atribuir personalidade jurídica à propriedade horizontal com a possibilidade de se reconhecer a personalidade jurídica do condomínio.

Segundo Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza⁴³, embora o Código Civil Brasileiro não arrole o condomínio dentre os entes com personalidade jurídica, a doutrina e a jurisprudência vêm se inclinando no sentido de reconhecer ao condomínio edilício personalidade jurídica.

⁴⁰ A doutrina portuguesa prevê alguns direitos que não podem ser confundidos com compropriedade. Exemplos: a) concurso de direitos (quando sobre a coisa incidem dois ou mais direitos reais distintos); b) condomínio (quando o direito de cada proprietário incide sobre partes comuns do bem, mas, também, a coisas autónomas (propriedade horizontal); c) comunhão (figura mais ampla aplicada não especificamente a um bem, mas ao conjunto patrimonial afetado a um fim). LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 347.

⁴¹ Id., Ibid., p. 395.

⁴² No mesmo sentido, destaca-se o entendimento de Mónica Jardim: “A personalidade colectiva envolve, portanto, autonomia jurídica e esta implica, no mínimo, autonomia patrimonial. Em suma, tem de haver um conjunto patrimonial, capaz de suportar os interesses colectivos que a pessoa colectiva representa, destacado dos patrimónios dos portadores de tais interesses. (...) Em face do exposto e analisando, no seu conjunto, o regime ou estatuto da propriedade horizontal, facilmente se conclui que no condomínio não encontramos os traços fundamentais da personificação, uma vez que apesar de ser dotado de uma organização formal – composta pela assembleia-geral e pelo administrador –, não detém autonomia patrimonial”. JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa. Propriedade horizontal, conjuntos imobiliários e registro I. Disponível em:

http://www.fd.uc.pt/cenor/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=41&Itemid=53&limitstart=16. Acesso em 30 de novembro de 12.

⁴³ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Condomínio edilício no Brasil – noções e algumas questões controvertidas. Coimbra: Coimbra editora. 2º Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral. Centro de Estudos Notariais e Registrais / Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2009. p. 108.

Nesse sentido é o enunciado nº 246, do Conselho da Justiça Federal Brasileira, ao estabelecer que “deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio”.

A própria Lei nº 4.591/64 considera o condomínio como capaz de direitos para a aquisição e alienação de cota condominial, quando as unidades, ainda em construção, forem alienadas judicialmente em razão da falta de pagamento das parcelas do contrato de compra e venda.

Sobre o tema, Silvio de Salvo Venosa⁴⁴ assim se posiciona:

“O Condomínio de edifícios possui o que denominamos *personificação anômala*, ou personalidade restrita, como preferem alguns. Qualificamo-lo como entidade com personificação anômala. (...). O condomínio atua na vida negocial como qualquer pessoa jurídica, dentro de seu âmbito de atuação. A realidade não admite outra solução. O condomínio tem, portanto, existência formal (STJ – 4ª T. RE 9.584-SO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, In: Theotônio Negrão, *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, nota 23 ao artigo 12). Sua personificação mitigada é inafastável. Sua personalidade jurídica é reconhecida expressamente, por exemplo, na legislação francesa, cuja doutrina o qualifica como uma criação original do legislador.”

II. Direito real de superfície ou de servidão:

Caio Mário da Silva Pereira⁴⁵, ao tratar da natureza jurídica da propriedade horizontal, relaciona os autores que tentam defini-la como direito real de superfície ou de servidão, refutando tais hipóteses nos seguintes termos:

Domenico Simoncelli cuida do antigo *direito de superfície*, já conhecido e desenvolvido em Roma, e a seu ver assumiria a propriedade horizontal o caráter de uma verdadeira *propriedade superficiária*, como conjunto imobiliário situado sobre o solo, cujo proprietário é pessoa distinta de quem tem o gozo, e se alinharia entre os *iura in re aliena*. Outros aí enxergam uma espécie de *servidão*, da unidade autônoma sobre o solo, exercida pelo proprietário daquele, ideia que não é estranha à doutrina de Coviello, para quem o solo é de propriedade do dono do andar inferior e que mais francamente é defendida por Ferrini, Demolombe, Planiol. Aliás, foi do germe de uma “servidão de indivisão” e do consequente dever de manterem os proprietários as coisas comuns afetadas a seu uso que envolveu toda a teoria do regime novo de compropriedade do edifício de apartamentos. Sem necessidade de mais extensos comentários, é de afastar, e logo, esta conceituação, à vista da inexistência da dualidade de prédios, servente e dominante, já que é da essência do novo regime que o dono da unidade autônoma seja simultaneamente condômino do solo, e já era de direito romano que a *superfície* pressupõe titular diverso do *dominus soli*.

III. Compropriedade (artigos 1.403.º e seguintes, do CCP; artigos 1.314 e seguintes, do CCB):

Para Cunha Gonçalves⁴⁶, a propriedade horizontal é um caso de compropriedade. Contudo, as diferenças entre os institutos aparecem já no conceito de ambos.

⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 362.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 55.

⁴⁶ GONÇALVES, Cunha, apud, LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 395.

A propriedade horizontal caracteriza-se pela existência de partes de uso privativo (unidades autónomas), nas quais os direitos inerentes à propriedade são exercidos de forma exclusiva, e partes de uso comum, nas quais os direitos inerentes à propriedade são exercidos de forma simultânea pelos diversos proprietários das unidades autónomas (isso após a formação do condomínio, que ocorrerá com a venda das frações autónomas que integram a propriedade horizontal). Cada unidade autónoma é vinculada às coisas de uso comum por uma fração ideal do solo, que é calculada, em regra, com base na área privativa de cada unidade.

Na compropriedade (denominada de condomínio geral pelo legislador brasileiro, arts. 1314 e seg. do CCB), como consequência do negócio jurídico de aquisição, o direito de propriedade sobre determinado bem é exercido simultaneamente por mais de uma pessoa, sem que tal direito incida sobre parte determinada, mas sim sobre fração ideal do todo.

Existe, portanto, situação de compropriedade sempre que a propriedade seja atribuída a mais de um titular⁴⁷. Na compropriedade, ou propriedade em comum, os direitos dos comproprietários, ou consortes, sobre a coisa comum são qualitativamente iguais, embora possam ser quantitativamente diferentes. Todavia, as quotas presumem-se iguais se não estiverem expressas no título constitutivo (artigo 1.403.º, do CCP; artigo 1.315, parágrafo único, do CCB).

Assim, enquanto que, na propriedade horizontal, além da compropriedade nas coisas definidas como de uso comum, existem partes de uso privativo, sendo que as frações autónomas fazem parte de uma estrutura unitária e as coisas comuns são acessórias em relação às frações autónomas⁴⁸, na compropriedade essa divisão entre coisas de uso comum e coisas de uso privativo não existe e todo o imóvel é usado de forma comum por todos os condóminos (os direitos são qualitativamente iguais)⁴⁹.

⁴⁷ Como consequência da pluralidade de proprietários, a administração do bem fica limitada aos interesses da maioria dos consortes (artigo 1.407.º, do CCP/66; artigo 1.323, do CCB). LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito Reais*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 205.

⁴⁸ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. *Código Civil Anotado*. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 392.

⁴⁹ No exercício do direito de propriedade (plano dos direitos obrigacionais) são admitidas, contudo, as figuras denominadas de condomínio *pro diviso* (não dividido de fato, portanto, de acordo com o conceito de compropriedade) e condomínio *pro indiviso* (dividido de fato, com a localização no solo da parcela de cada comproprietário). MESQUITA, Manuel Henrique. A propriedade horizontal no Código Civil Português. *Revista de direito e de estudos sociais*, ano XXIII, jan.-dez., Coimbra, 1978. p. 72.

Além de conceitos distintos, a propriedade horizontal e a compropriedade possuem as seguintes diferenças:

a) enquanto a compropriedade surge em decorrência de um negócio jurídico de transmissão⁵⁰ (artigo 1.403.º, do CCP), a propriedade horizontal necessita de instrumento específico para a sua constituição (artigo 1.417.º, do CCP; artigo 1.332, do CCB)⁵¹.

b) para alienar parte especificada do bem, o comproprietário precisa da anuência dos demais consortes (artigo 1.408.º, do CCP). De outra banda, o direito de alienação da fração autónoma por parte do proprietário, no regime da propriedade horizontal, é livre (artigo 1.414.º, CCP; artigo 1.335, CCB).

c) na compropriedade existe direito de preferência entre os consortes no caso de alienação onerosa da quota (artigo 1.409.º e 1.410.º, do CCP; artigo 504, do CCB), enquanto na propriedade horizontal os condôminos não gozam do direito de preferência em caso de alienação da fracção (artigo 1.423.º, do CCP; artigo 1.335, do CCB), pois, quanto à fracção, existe propriedade exclusiva.

d) na compropriedade, conforme estabelece o artigo 1.412.º, do CCP (artigo 1.320, do CCB), qualquer condômino pode exigir a divisão da coisa. Prevalece aqui o princípio de que os comproprietários não são obrigados a permanecer com a coisa indivisa *ad eternum*. Na propriedade horizontal, em contrapartida, os condôminos não gozam do direito de pedir a divisão das partes comuns (artigo 1.423.º, do CCP; artigo 1.331, §2º, do CCB).

Caio Mario da Silva Pereira⁵², ao criticar o enquadramento da propriedade horizontal como compropriedade, refuta a teoria defendida por Cunha Gonçalves nos seguintes termos:

A originalidade da corrente a que Cunha Gonçalves pertence, e que tem ainda como defensores Valverde Y Valverde, está em negar a existência de uma propriedade exclusiva, mesmo em conjugação com a compropriedade. O argumento forte, em que assentam o parecer, está nas limitações aos direitos do proprietário, que não pode dissociar o seu apartamento ou andar da compropriedade indivisível do conjunto, nem ao menos transformar a sua parte sem o consentimento expresso dos vizinhos e dos condôminos. Ao nosso ver, porém, a limitação imposta ao direito do proprietário do apartamento é um argumento a favor de uma propriedade exclusiva aliada ao condomínio, pois não se haveria de limitar o exercício de um direito no seu titular se este direito se perdesse dentro da noção, já de per si restritiva, da compropriedade. Demais disso, a propriedade exclusiva, em coisa de assenhoreamento individual típico, sofre hoje, como tem

⁵⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 206.

⁵¹ ASCENSÃO, Maria Teresa Pereira de Castro e ASCENSÃO, José de Oliveira. Condomínio (Instituição, incorporação e convenção). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 405.

⁵² PEREIRA. Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 63.

sofrido nos milénios de sua evolução na civilização ocidental, um tão grande número de restrições que o fato é de si inábil a autorizar o seu desfiguramento como direito dominial individual, quando tais cortes se fazem a benefício de um condomínio que se lhe associa.

IV. Propriedade especial:

Segundo Oliveira Ascensão⁵³:

“O escopo da propriedade horizontal não é criar uma situação de comunhão: é permitir propriedades separadas, embora em prédios colectivos. Sendo assim, há nuclearmente uma propriedade, mas esta é especializada pelo facto de recair sobre parte da coisa e de envolver acessoriamente uma comunhão sobre outras partes do prédio. Estas especialidades levam a que a lei tenha tido a necessidade de recortar um regime diferenciado. Isto é típico justamente das **propriedades especiais**, de que a propriedade horizontal nos oferece como exemplo.” (grifo nosso)

O Código Civil Brasileiro, ao tratar da matéria, parece alinhar-se ao entendimento de Oliveira Ascensão, ou seja, de que a propriedade horizontal é um tipo especial de propriedade⁵⁴. O fato de o legislador brasileiro não ter arrolado a propriedade horizontal entre as espécies de direito real, previstas expressamente no artigo 1.225, do CCB, e ter denominado o instituto de condomínio edilício, inserindo-o dentro do título que trata do direito de propriedade, confirmam, de início, essa constatação⁵⁵.

Nesse sentido, Mário Mezzari, afirma que:

“A instituição do regime de condomínio edilício não constitui direitos reais. Os direitos reais pré-existentes (propriedade, nua-propriedade, usufruto, enfiteuse, hipoteca, etc.) continuam válidos e eficazes. Devem, apenas, ser transportados para as novas matrículas que serão abertas em razão do parcelamento da propriedade original em unidades autônomas. Quem era proprietário continua proprietário. Quem era promitente comprador continua assim. E a ninguém se constitui direito real pelo simples fato de instituir em condomínio.

O que se constitui é um regime de propriedade diferenciado. O imóvel fica afetado ao regime do condomínio edilício, com suas regras diferenciadas, mas o direito em si permanece inalterado.”

Contudo, a propriedade horizontal não foi criada pelo legislador brasileiro, que, para regulamentar o instituto, buscou inspiração nas legislações já existentes sobre a matéria, inclusive no Código Civil Português. Assim, rogando vénia ao citado autor, entende-se que, ao legislar sobre a propriedade horizontal, o parlamentar brasileiro deve respeitar as características próprias do instituto, que, como será demonstrado a seguir, indicam que a propriedade horizontal é espécie autónoma de direito real.

⁵³ ASCENSÃO, José Oliveira. Direitos reais. 5ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2000. p. 464.

⁵⁴ ASCENSÃO, Maria Teresa Pereira de Castro e ASCENSÃO, José de Oliveira. Condomínio (Instituição, incorporação e convenção). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 407.

⁵⁵ ASCENSÃO, José Oliveira. Direitos reais. 5ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2000. p. 464.

V.Direito real autónomo:

Defensores dessa corrente, Pires de Lima e Antunes Varela⁵⁶ afirmam que:

“Analisando o instituto nada encontramos nele que não possa enquadrar-se no conceito dos direitos reais preexistentes com base no qual se formou, mas o estatuto desses direitos sofre, na propriedade horizontal, as adaptações impostas pelo conflito de interesses entre as partes comuns e privativas. As limitações específicas do instituto da propriedade (no caso das áreas privativas) e da compropriedade (no caso das áreas comuns), remetem ao surgimento de um **direito real autónomo**.” (grifo nosso)

Verifica-se, portanto, que, para os defensores dessa última corrente, as limitações impostas ao exercício do direito de propriedade, nomeadamente, os direitos de uso (que deve respeitar o fim a que a fração se destina), de fruição (a obtenção dos frutos também fica limitada à destinação da unidade autónoma), de transformação (em razão da limitação das obras novas)⁵⁷, não apenas criam um tipo especial de propriedade, como defendido por Oliveira Ascensão, mas remetem a propriedade horizontal a uma espécie autónoma de direito real.

Partidário da tese que defende a propriedade horizontal como direito real autónomo, Menezes Leitão⁵⁸ afirma:

A propriedade horizontal constitui um **novo direito real**, regulado nos artigos 1414.º e ss., que faz coexistir sobre o mesmo edifício dois tipos de faculdades distintas dos condóminos: as faculdades correspondentes à propriedade exclusiva sobre uma fracção autónoma do prédio e as faculdades correspondentes à compropriedade sobre as partes comuns do edifício. (grifo nosso)

Ainda segundo Menezes Leitão, alinham-se a esse entendimento:

Manuel Henrique Mesquita, Carvalho Fernandes, José Alberto Gonzalez e Sandra Passinhas. Para estes autores, a propriedade horizontal constitui um novo modelo de direito real de gozo que, embora mantenha similitude com a propriedade singular e a compropriedade, traduz uma síntese que se espelha num regime jurídico específico, com particularidades que não encontram justificação em nenhuma daquelas figuras, sendo, portanto, um direito real de gozo típico.

Entende-se importante destacar, também, que definir a propriedade horizontal como direito real autónomo não contraria o princípio da tipicidade dos direitos reais (*numerus clausus*), previsto no artigo 1.306.º, do CCP (artigo 1.225, do CCB). Isso porque as restrições geradas ao direito de propriedade pela propriedade horizontal, mesmo as

⁵⁶ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 397.

⁵⁷ Menezes Leitão destaca, ainda, que a propriedade horizontal impõe várias novas obrigações (negativas e positivas) aos condóminos como, por exemplo, encargos de conservação, uso e fruição das partes comuns, pagamento de serviços de interesse comum, seguro do condomínio e encargos com inovações. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 303. Nesse sentido também, MESQUITA, Manuel Henrique. A propriedade horizontal no Código Civil Português. Revista de direito e de estudos sociais, ano XXIII, jan.-dez., Coimbra, 1978. p. 75.

⁵⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 289.

criadas pela vontade das partes, derivam do estrito limite legal (artigos 1.414.º e seguintes, do CCP)⁵⁹.

Sobre o princípio da tipicidade, Menezes Leitão⁶⁰ afirma que:

“Esse princípio proíbe que as partes, em nome da autonomia da vontade, criem direitos que restrinjam o direito de propriedade. E se forem celebrados contratos com essa característica, aos mesmos não será atribuída eficácia real, e sim meramente obrigacional. Nada impede, contudo, que as partes criem direitos reais reconhecidos pela lei através de contratos atípicos. (...). A tipicidade não implica igualmente que o intérprete tenha que seguir as qualificações legais, apenas reconhecendo caráter real aos direitos que a lei considere expressamente como direitos reais. Efetivamente, a tipicidade restringe a exigência legal de criação desses direitos, não abrangendo a respectiva qualificação, que não vincula o intérprete. Pode, por isso, o intérprete qualificar como reais direitos que a lei não reconhece expressamente como tais, **como sucede com a propriedade horizontal**, que a lei qualifica como propriedade.” (grifo nosso)

No direito brasileiro, definir o instituto da propriedade horizontal como direito real autónomo é tarefa complicada⁶¹. Isso porque a interpretação literal dos diplomas legais que tratam da matéria (Lei nº 4.591/64 e os artigos 1.331 e seguintes do CCB) leva à conclusão de que, para o direito brasileiro, a propriedade horizontal tem natureza jurídica de condomínio⁶². As nomenclaturas usadas nas citadas legislações (condomínio em edificações, condomínio edilício ou condomínio urbanístico) remetem a essa ideia.

Ao tratar da natureza jurídica da propriedade horizontal, Caio Mário da Silva Pereira relacionou o posicionamento de diversos autores sobre o tema. Ao refutar as tentativas de enquadramento da propriedade horizontal nos institutos jurídicos já existentes (nova pessoa jurídica, universalidade de bens, superfície, servidão, compropriedade), o autor concluiu que:

“Ao expormos as doutrinas inventadas pelos especialistas da matéria, vimos que não colocaram as tentativas de explicar o fenômeno jurídico da propriedade em edifícios divididos por planos horizontais com a mobilização pura e simples dos velhos conceitos. (...).

Tenhamos a coragem de sacar a máscara, e digamos que há nela um conceito dominial novo.

⁵⁹ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 398.

⁶⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 23 e 24.

⁶¹ Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar do tema no direito brasileiro, afirma que “até hoje os doutrinadores não conseguiram fixar a natureza jurídica da propriedade horizontal. Não logram uma zona de pacificidade onde situá-la, pois tantas são as formulas empregadas que em verdade é como se não existisse nenhuma. Por seu turno, as leis especiais e as disposições dos códigos espelham concepções diferentes. E tudo arma um círculo vicioso difícil de vencer: porque inexiste uma dogmática segura, os legisladores perdem-se em mal dirigido casuísmo, que lhes interdiz adotar orientação uniforme e a fixação de uma doutrina legal segura; porque as leis são desobedientes a um critério harmônico, os doutrinadores perdem-se em esquematizações teóricas subordinadas a um positivismo árido e deixam escapar as oportunidades de estabelecer um pré-ordenamento abstrato.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 51.

⁶² ASCENSÃO, Maria Teresa Pereira de Castro e ASCENSÃO, José de Oliveira. Condomínio (Instituição, incorporação e convenção). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 407.

(...).

A propriedade horizontal é, portanto, um direito que se configura com as suas linhas estruturais definidas, próprias, características, peculiares, na aglutinação do domínio e do condomínio; da propriedade individual e da propriedade comum, formando um todo indivisível, inseparável e unitário. Os direitos do comunheiro sobre a sua unidade autônoma e sobre as partes comuns consideram-se então indivisíveis, não podendo ser cedidos separadamente.

Somente esta simbiose orgânica dos dois conceitos, na criação de um direito complexo, é que oferece justificativa precisa aos direitos e aos deveres dos condôminos. Não é apenas uma propriedade mista, em que o domínio exclusivo vive ao lado do condomínio. Não é uma justaposição de direitos e de conceitos. É uma fusão de direitos e uma criação de conceitos distintos.”

Entende-se que a tentativa do autor em definir a propriedade horizontal como um direito novo (direito complexo⁶³, na medida em que compreende a propriedade das áreas privativas e o condomínio das áreas comuns), com conceito distinto dos já existentes, é o caminho correto a seguir. Em que pese tenha identificado de forma precisa o instituto da propriedade horizontal, faltou a Caio Mário, na caracterização da natureza jurídica do instituto, enquadrá-lo como direito real autônomo.

Na estrutura jurídica da propriedade horizontal, prevista nas leis que a disciplinam, existe nítida e distinta duplicidade de direitos reais⁶⁴. A combinação da propriedade individual e da propriedade comum, formando um todo indivisível, inseparável e unitário formam um direito real novo, que, em que pese não seja expressamente previsto como direito real pelo legislador, é regulado de forma especial pela legislação⁶⁵.

⁶³ FRANÇA. R. Limongi. Condomínio por unidades autônomas. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 447.

⁶⁴ Art. 1.331, do CCB. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos. § 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio. § 2º O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos. § 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio. § 4º Nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público. § 5º O terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio.

Art. 1º, da Lei 4.591/64. As edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, e constituirá, cada unidade, propriedade autônoma sujeita às limitações desta Lei. § 1º Cada unidade será assinalada por designação especial, numérica ou alfabética, para efeitos de identificação e discriminação. § 2º A cada unidade caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns, expressa sob forma decimal ou ordinária.

⁶⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 361.

A definição da propriedade horizontal como direito real é defendida na doutrina portuguesa. Conforme leciona Menezes Leitão⁶⁶, mesmo que a lei não qualifique expressamente determinados direitos com direito real, cabe ao interprete qualificar como direito real o que a lei caracteriza como tal, como sucede com a propriedade horizontal.

Nesse sentido, o legislador, ao impor limitações legais à propriedade horizontal, especialmente quanto aos direitos de dispor, usar, fruir e transformar, inerentes à propriedade, em que pese não diga expressamente, está caracterizando um direito real autónomo.

Assim como em Portugal, entender a propriedade horizontal com espécie de direito real não fere os princípios da tipicidade e da taxatividade que disciplinam o direito das coisas no sistema jurídico brasileiro. Sobre os princípios da tipicidade estrita e da taxatividade (*numerus clausus*), cabe destacar a lição de Luciano de Camargo Penteado⁶⁷:

“Dizer que direitos reais são *numerus clausus* significa afirmar que apenas e tão somente são direitos reais aqueles desenhados segundo este regime em lei. (...). No Brasil, em matéria de rol taxativo, há um rol bastante minucioso no CC 1.225, embora não esgote todos os direitos reais que nosso sistema civil admite. Há outros direitos reais em leis especiais, mas que não fogem nem podem fugir do sistema comum criado pelo Código, que dá o regime geral do direito real. (...).

Além do princípio de *numerus clausus*, está o de tipicidade estrita. Alguns autores confundem as duas noções, outros acabam mesmo por equipará-las diante da semelhança que apresentam. Há, entretanto, diferenças em números suficientes para que se possa mesmo extrair duas características distintas dos direitos reais.

A tipicidade estrita é uma exigência adicional à do *numerus clausus*. Pode existir sistema de *numerus clausus* sem tipicidade estrita. Esta diz da impossibilidade de alterar as situações reais, parcialmente, mediante modelação negocial. Um particular não pode criar direito real por negócio jurídico em virtude do princípio de *numerus clausus*, mas não pode modificar elementos constitutivos de um determinado direito real, afastando a incidência da norma que o disciplina, em virtude do princípio de tipicidade estrita.

(...).

Inexiste, no plano do direito das coisas, quanto à constituição da situação jurídica e quanto às normas que a regulam, direito dispositivo.”

Pelo exposto, tanto em Portugal, quanto no Brasil, mesmo sem lei expressa, que defina a propriedade horizontal como espécie de direito real, a caracterização legal do instituto permite tal enquadramento, na medida em que, com a constituição da propriedade horizontal, a relação do proprietário com a coisa (agora unidade autónoma), será diferente da relação pré-existente entre o sujeito e o objeto (terreno com edificação).

⁶⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 289.

⁶⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direitos das coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 94.

1.3 O negócio jurídico de constituição da propriedade horizontal

1.3.1 Natureza jurídica

Entende-se que a análise científica do negócio jurídico de constituição da propriedade horizontal deve começar pela definição da sua natureza jurídica. E, nesse ponto, a discussão centra-se em definir se a constituição da propriedade horizontal decorre da celebração de um contrato ou se o instrumento que dá origem ao referido instituto jurídico pertence a uma categoria mais *abrangente*.

Contrato é a veste jurídica formal de operações económicas⁶⁸ e possui como característica a bilateralidade⁶⁹ (celebrado por duas ou mais partes⁷⁰ com interesses contrapostos)⁷¹. Fala-se aqui do conceito de contrato previsto de forma sistematizada a partir do Código de Napoleão (1.804), que incorporou os ideais liberais e jusnaturalistas da revolução francesa e representou uma nova realidade sócio-económica⁷², na qual imperava o princípio da autonomia da vontade das partes a fim de facilitar a circulação de riquezas.

Ao analisar a natureza jurídica da propriedade horizontal (criação de um direito real autónomo) com base no conceito de contrato acima referido, verifica-se que, em princípio, a sua constituição, por não gerar circulação de riqueza, não pode ser considerada uma “operação económica”. Além disso, no negócio jurídico de constituição da propriedade horizontal, por não estarem presentes interesses contrapostos (proposta e a

⁶⁸ O conceito de operação económica é aqui empregado como forma de circulação de riquezas. Riqueza, por sua vez, é qualquer coisa com valor económico. O contrato, por óbvio, não é a única forma de circular riqueza (sucessão *causa mortis* é exemplo de circulação de riqueza não advinda de um contrato).

⁶⁹ Segundo Pontes de Miranda, “todos os contratos são negócios jurídicos bilaterais. Porque, aí, a bilateralidade diz respeito à composição subjetiva do suporte fático, ao nascimento do negócio jurídico, com as duas manifestações de vontade concordes (plano da existência). Poderia ser, em vez disso, plurilateral. Quanto à eficácia, é que os negócios jurídicos (bilaterais ou plurilaterais) podem ser unilaterais, bilaterais, ou plurilaterais (plano da eficácia). Então, contratos bilaterais são negócios jurídicos, pelo menos bilaterais, de eficácia bilateral. Contrato bilateral é aquele de que se irradia eficácia bilateral (deveres, obrigações, ações, de ambos os lados). Bilateral, aí, é, portanto, bilateralmente criador de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções”. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Tomo III. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001. p. 245.

⁷⁰ Na definição tradicional, entende-se por parte não uma pessoa, mas antes o titular de um interesse, o que poderia implicar que duas ou mais pessoas constituíssem uma única parte, quando tivessem interesses comuns. Daí a exigência de uma contraposição de interesses, na autoria das declarações negociais, contraposição essa que seria resolvida precisamente na estipulação contratual. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações. 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2010. p. 191.

⁷¹ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

⁷² Id., Ibid., p. 42.

aceitação), necessários à formação do “consenso contratual”, não se identifica, também, a chamada “bilateralidade”.

Diante disso, entende-se que o instrumento de constituição da propriedade horizontal está mais próximo de um voluntário regulamento de relações patrimoniais que se torna vinculativo, criando obrigações e direitos entre os diversos sujeitos. Nessa hipótese, o regulamento se torna juridicamente vinculante por efeito de manifestação de vontade de uma só parte (ainda que com pluralidade de sujeitos, mas sempre com unidade na manifestação de vontade⁷³), dando vida a um negócio unilateral⁷⁴.

O negócio jurídico unilateral não é, por falta de requisitos objetivos, uma espécie de contrato, estando inserido dentro de um conceito mais amplo de relação negocial, que tem origem no Código Civil Alemão. A evolução da teoria dos contratos, a partir do *Bürgerliches Gesetzbuch*, de 1.896, fez surgir uma nova sistematização jurídica dos atos de circulação de riqueza.

No BGB, a partir da elaboração da categoria de negócio jurídico (*Rechtsgeschäft*), realizada pela escola da Pandectística na base de uma nova utilização modernizada dos textos do direito romano justiniano, o processo de generalização e abstração é levado ao extremo criando, assim, um conceito capaz de englobar em si uma série de fenómenos reais muito mais ampla do que a expressa pelo conceito de contrato. A partir dessa nova sistematização, o contrato é entendido como uma subespécie de negócio jurídico (figura que abarcaria, portanto, tanto as manifestações de vontade bilaterais quanto as unilaterais)⁷⁵.

Menezes Leitão⁷⁶ diferencia negócio unilateral e contrato nos seguintes termos:

“No negócio unilateral, há apenas uma declaração negocial, da qual resultam todos os efeitos jurídicos estipulados, independentemente de ter apenas um único autor ou vários. No contrato, a emissão de apenas uma das declarações negociais não se apresenta como suficiente para produção dos efeitos jurídico estipulados, uma vez que a lei o faz depender da emissão de uma segunda declaração negocial contraposta, mas integralmente concordante com a primeira (artigo 232.º, do CCP/66). O contrato assume-se assim como o resultado de duas ou mais declarações negociais contrapostas, mas integralmente concordantes entre si, de onde resulta uma unitária estipulação de efeitos jurídicos. Consequentemente, os contratos pressupõem sempre uma proposta e a sua aceitação, das quais deve resultar o mutuo consenso sobre todas as cláusulas sobre as quais uma das partes julgue necessário o acordo.”

⁷³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Tomo III. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001. p. 243.

⁷⁴ A razão da diferença entre negócio jurídico unilateral e contrato (negócio jurídico bilateral) reside, pois, no fato de que ninguém pode ser exposto a sacrifícios económicos por efeito de vontade alheia, mas só por efeito da sua própria vontade. ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988. p. 74 e 75.

⁷⁵ Id., Ibid., p. 47.

⁷⁶ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 295.

Nesse contexto, entende-se que o instrumento de constituição da propriedade horizontal não tem natureza de contrato, mas, dentro da teoria do negócio jurídico, seria possível classificá-lo como negócio jurídico unilateral. E é negócio jurídico unilateral, e não ato jurídico *stricto sensu*⁷⁷, porque, ao instituir a propriedade horizontal, o proprietário, a partir dos limites previstos na lei, controla as consequências do instituto (*e.g.* ao atribuir as unidades entre os proprietários ou ao definir a forma de utilização das coisas comuns, *etc.*), ao passo que nos atos jurídicos as consequências do instituto ficam limitadas ao primado da lei. Dito de outra forma, enquanto que no negócio jurídico o sujeito quer produzir a consequência prevista na norma, no ato jurídico os efeitos decorrem da aplicação da lei ao fato, independentemente da intenção dos sujeitos envolvidos.

Tal entendimento é evidente quando os proprietários não atribuírem entre si as frações autónomas de modo que a compropriedade, antes existente sobre o terreno, permaneça sobre as novas unidades criadas. Contudo, quando o instrumento de constituição da propriedade horizontal operar a divisão amigável da coisa entre os diversos proprietários (1.413.º, do CCP; artigo 1.321, do CCB), Menezes Leitão afirma que se estaria, sim, diante de um contrato⁷⁸.

É que, naquela hipótese, na modalidade unilateral de constituição da propriedade horizontal, os consortes, ao criarem as novas propriedades, permanecem comproprietários das frações autónomas, não sendo possível, portanto, falar em circulação de riqueza e interesses contrapostos. Por outro lado, quando, através do instrumento de constituição da propriedade horizontal, há divisão da coisa comum com a atribuição de frações autónomas entre os proprietários, os elementos caracterizadores da relação contratual (operação económica e bilateralidade) estarão presentes e, sendo assim, estar-se-ia diante de um contrato. Evidente, na segunda hipótese, a existência de relação jurídica entre as partes.

Cabe destacar, ainda, que a autonomia da vontade no contrato de constituição da propriedade horizontal é livre, no que diz respeito à atribuição das frações autónomas entre os proprietários, e limitada pela lei, no que se refere à criação da propriedade horizontal enquanto direito real autónomo (conforme desenvolvido no item 1.2).

⁷⁷ Pontes de Miranda classifica os fatos jurídicos lícitos em: a) fatos jurídicos *stricto sensu*; b) atos-fatos jurídicos; c) atos jurídicos *stricto sensu*; d) negócios jurídicos (dividido em negócio unilateral e contrato). MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Tomo II. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001. p. 222.

⁷⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 295.

Como última questão a ser tratada no âmbito da natureza jurídica do instrumento de constituição da propriedade horizontal, destaca-se o entendimento de Pires de Lima e Antunes Varela⁷⁹ no sentido de que a declaração unilateral do proprietário do edifício, embora qualificada pela lei como título constitutivo, não pode originar, só por si, uma situação plena e acabada de propriedade horizontal. Isso porque, segundo os referidos autores, essa figura pressupõe pluralidade de proprietários, sendo, portanto, pressuposto da constituição da propriedade horizontal a existência de mais de um dono.

Pires de Lima e Antunes Varela⁸⁰ afirmam, ainda, que:

“O título constitutivo tem eficácia imediata: por força da declaração negocial do proprietário, cada uma dessas fracções passa a constituir um objecto de direitos – uma coisa em sentido jurídico – com todas as consequências daí resultantes. Quanto a tudo o mais que de uma situação de propriedade horizontal decorre – sujeição de determinadas partes do edifício ao regime da compropriedade, eleição do administrador destas partes comuns, limitações relativas ao uso das fracções autónomas, *etc.* – a eficácia do título fica dependente da alienação de, pelos menos, uma das fracções autónomas, pois só nessa altura surgirá pluralidade e condóminos. Assim, nesses casos estaríamos diante de um negócio jurídico com eficácia suspensiva, um negócio sujeito a condição suspensiva da alienação de alguma das fracções autónomas do edifício”⁸¹.

Rogando vénia aos mencionados autores, a teoria apresentada não parece estar correta. Isso porque, entende-se, conforme defendido no item 1.2, que a propriedade horizontal e o condomínio devem ser tratados como institutos distintos.

O negócio jurídico de constituição da propriedade horizontal não envolve a alienação de qualquer fracção do imóvel, gerando, apenas, a modificação do estatuto de natureza real que a este se encontra sujeito. Além disso, o proprietário poderá jamais vender as unidades, utilizando-as apenas como investimento (arrendando-as, e.g.), e os efeitos da relação condominial (com a pluralidade de moradores/arrendatários) seriam alcançados, mesmo sem existir pluralidade de proprietários.

Nesse contexto, a condição suspensiva não seria alcançada apenas com a venda de uma das unidades e o surgimento do condomínio, mas, também, com a celebração de qualquer negócio jurídico envolvendo o imóvel capaz de criar no prédio uma pluralidade de moradores (exemplo: usufruto, uso, habitação, comodato, arrendamento, *etc.*).

Pelo exposto, parece, de fato, mais adequado entender que a propriedade horizontal, como direito real autónomo, é um instituto jurídico, e o condomínio, que

⁷⁹ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 405.

⁸⁰ Id., *Ibid.*, p. 407.

⁸¹ No mesmo sentido, MESQUITA, Manuel Henrique. A propriedade horizontal no Código Civil Português. Revista de direito e de estudos sociais, ano XXIII, jan.-dez., Coimbra, 1978. p. 21. E, também, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 295.

designa pura e simplesmente a pluralidade de proprietário sobre um mesmo bem, trata-se de outro instituto que poderá, ou não, incidir sobre a propriedade horizontal.

No ordenamento jurídico brasileiro, no que toca a natureza jurídica do documento de instituição do condomínio edilício, a teoria geral dos contratos permite a aplicação do entendimento de Menezes Leitão, ou seja, quando não se estiver extinguindo o condomínio comum em razão da atribuição das unidades autônomas entre os proprietários, sendo mantida, portanto, a co-propriedade pré-existente, a natureza do documento é de negócio jurídico unilateral.

No caso contrário – quando, ato contínuo à instituição do condomínio edilício, ocorrer a extinção do condomínio comum com a consequente atribuição das unidades autônomas entre os condôminos, gerando, assim, a modificação do direito real de propriedade – o instrumento de constituição terá natureza jurídica de contrato.

1.3.2 Forma e momento da celebração

Nos ordenamentos jurídicos, português e brasileiro, a validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei expressamente exigir (artigo 219.º, do CCP e artigo 107, do CCB). A exceção legal mais comum é a exigência de forma escrita que, por exemplo, é obrigatória para a constituição de direitos reais⁸².

Contudo, além de exigir forma escrita, a lei, por vezes, é ainda mais rigorosa impondo, para a validade da declaração de vontade (artigos 220.º, do CCP, e 166, IV, do CCB), que o documento seja celebrado por instrumento público, lavrado por notário.

Segundo Pontes de Miranda⁸³, a escritura pública (instrumento público *stricto sensu*) é o que é feito pelo oficial público, de acordo com as regras jurídicas de competência e de pressupostos formais, para efeitos de existência, validade e eficácia dos atos jurídicos.

⁸² A respeito da exigência de forma escrita para a constituição de direitos reais sobre bens imóveis existente em alguns sistemas jurídicos, Enzo Roppo afirma: “Quanto aos contratos sobre imóveis, a necessidade de um ato escrito relaciona-se estreitamente com a exigência da sua transcrição nos registros imobiliários (por sua vez destinada à tutela dos terceiros, que, precisamente através de tal sistema de publicidade são garantidos com o risco de adquirir um imóvel sem saber que o mesmo foi vendido a outrem, ou que sobre ele recaia uma hipoteca)”. ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988. p. 101.

⁸³ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Tomo III. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001. p. 398.

São funções da forma pública⁸⁴: a) fiscalização do recolhimento de tributos⁸⁵; b) proteger as partes de decisões precipitadas; c) tornar incontroversa a conclusão e o conteúdo do contrato, uma vez que o notário tem o dever de explicar o conteúdo do mesmo aos signatários, fazendo-os entender o que está sendo firmado⁸⁶; d) tornar público (cognoscíveis pelos terceiros) o conteúdo dos contratos.

Pelo exposto, verifica-se que a forma pública deve seguir regras jurídicas de competência e de pressupostos formais, visando proteger o negócio, as partes celebrantes e os terceiros interessados. Nesse sentido, por entender que, em certos casos, o bem objeto da relação negocial é merecedor de tutela especial, o legislador exige que o negócio jurídico seja celebrado por escritura pública.

Em Portugal, conforme estabelece o artigo 80.º, n.º 1 do Código do Notariado, “celebram-se, em geral, por escritura pública, os actos que importem reconhecimento, **constituição**, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos **direitos de propriedade**, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre coisas imóveis”. (grifo nosso)

Pelo disposto no artigo acima transcrito, em se tratando de constituição do direito de propriedade, a regra da liberdade de forma é excetuada e a escritura pública passa a ser obrigatória.

Nessa conjuntura, sabendo que o instrumento de constituição da propriedade horizontal opera a modificação do estatuto real⁸⁷ a que o imóvel se encontra sujeito, extinguindo o direito de propriedade “normal” e constituindo, em substituição, um direito real novo, a forma pública seria necessária.

Ocorre, contudo, que a regra prevista no artigo 80.º, n.º 1 do Código do Notariado, vem sendo relativizada pelo legislador. Em um primeiro momento, o artigo 22.º, do Decreto-Lei n.º 116/2008, permitiu que a propriedade horizontal fosse constituída por escritura pública ou documento particular autenticado (artigo 1.419.º, do CCP⁸⁸). Embora o referido Decreto-Lei tenha simplificado a solenidade de celebração do negócio, abrindo

⁸⁴ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988. p. 100.

⁸⁵ Nesse sentido é, também, o artigo 72.º, n.º 4, do Código do Registro Predial.

⁸⁶ A celebração clara e precisa da relação negocial é de interesse das partes e, também, do Estado, uma vez que litígios poderão ser prevenidos. Destaca-se aqui a função de prevenção de litígios da atividade notarial e de registro.

⁸⁷ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 408.

⁸⁸ Ora, se, conforme disposto no artigo 1.419.º, do CCP, para modificar o direito real de propriedade horizontal, exige-se escritura pública ou documento particular autenticado, por uma questão de coerência do sistema, a sua constituição também deve exigir as mesmas formas, embora os artigos 1.417.º e 1.418.º, do CCP não façam nenhuma referência à forma do documento.

mão da forma pública, seguiu exigindo a participação do notário através da autenticação do instrumento particular.

Posteriormente, contudo, em razão de disposição contida no Decreto-Lei nº 263-A/2007⁸⁹ e da Portaria nº 795-B/2007, estendida à constituição da propriedade horizontal pela Portaria 1167/2010, a regra da exigibilidade de escritura pública ou documento particular autenticado também foi excepcionada e, actualmente, a propriedade horizontal, também pode ser constituída mediante procedimento especial de transmissão, oneração e registro de imóveis, realizado diretamente nas conservatórias prediais.

No direito brasileiro, a forma do título de constituição da propriedade horizontal deve ser analisada a partir do disposto no artigo 108 do Código Civil, que assim estabelece:

Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à **constituição**, transferência, **modificação** ou renúncia de **direitos reais** sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. (grifo nosso)

Portanto, por operar a modificação do direito real de propriedade, a escritura pública é essencial para a validade do instrumento de instituição da propriedade horizontal sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Arnaldo Rizzardo⁹⁰ destaca que os argumentos dos que entendem a obrigatoriedade da escritura pública para a instituição do condomínio horizontal são no sentido de que “no documento que contém a manifestação criadora do condomínio há, inequivocadamente, uma alteração no direito real de propriedade, uma vez que se verifica a transferência de um regime jurídico para outro”.

Assim, a forma pública seria exigida tanto com base no argumento de que a instituição da propriedade horizontal gera a constituição de um direito real novo, quanto pelo entendimento de que a instituição da propriedade horizontal gera a modificação do direito real de propriedade.

Cumprido destacar, entretanto, que, em função de a doutrina brasileira majoritária tratar a propriedade horizontal como propriedade especial (espécie de condomínio) e não

⁸⁹ O objetivo do Governo em editar o DL 263-A/2007 foi desburocratizar o sistema de circulação de bens eliminando atos notariais, que, segundo o Governo, dificultam a vida do cidadão. Através do novo sistema, o cidadão só utiliza o sistema notarial se for do seu interesse. Caso contrário, poderá celebrar os instrumentos de transmissão ou constituição de direitos reais diretamente nas conservatórias prediais com base em modelos pré-elaborados.

⁹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 33.

como direito real, os registradores aceitam, em regra, que o documento de instituição seja celebrado por instrumento particular.

Nesse sentido, Mário Mezzari⁹¹ afirma:

“Tenho insistido em aulas e palestras, que, o instrumento particular continua podendo ser utilizado para a instituição de condomínio. Ao meu sentir, basta ler o artigo 108 do CC e comparar suas disposições com o que é que acontece com o registro da instituição de condomínio.

(...).

1. A instituição do regime de condomínio edilício não constitui direitos reais. Os direitos reais pré-existentes (propriedade, nua-propriedade, usufruto, enfiteuse, hipoteca etc) continuam válidos e eficazes.

(...).

2. A instituição do regime de condomínio edilício não transfere direitos reais. Os direitos reais pré-existentes (propriedade, nua-propriedade, usufruto, enfiteuse, hipoteca etc) continuam válidos e eficazes.

(...).

3. A instituição do regime de condomínio edilício não modifica direitos reais. Os direitos reais pré-existentes (propriedade, nua-propriedade, usufruto, enfiteuse, hipoteca etc) continuam válidos e eficazes e não sofrem nenhuma modificação.

4. A instituição do regime de condomínio edilício não implica renúncia a direitos reais. Os direitos reais pré-existentes (propriedade, nua-propriedade, usufruto, enfiteuse, hipoteca etc) continuam válidos e eficazes.”

Pelo exposto, verifica-se que a exigência da forma pública para a constituição da propriedade horizontal passa pela definição da natureza jurídica do instituto. Os que entendem, de forma equivocada, que a instituição da propriedade horizontal não faz surgir um direito real novo, aceitam o instrumento particular. Por sua vez, os que, a partir da aplicação correta dos princípios da taxatividade e da tipicidade, que norteiam o direito das coisas, identificam na propriedade horizontal um direito real autónomo, exigem a escritura pública para a sua constituição.

Importante destacar, ainda, que, no Brasil, parte da doutrina,⁹² que admite o instrumento particular, exige a escritura pública quando, em ato contínuo à instituição do condomínio, os proprietários atribuírem entre si as unidades autónomas, operando a divisão amigável da coisa entre os diversos proprietários. Tal negócio jurídico demandaria a forma pública, pois a atribuição de unidades autónomas geraria a modificação do direito real de propriedade (compropriedade)⁹³.

⁹¹ MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis. 3ª ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2010. p. 56.

⁹² Id., Ibid., p. 72.

⁹³ ASCENSÃO, José Oliveira. Direitos reais. 5ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2000. p. 408.

Quanto ao momento da celebração do instrumento constitutivo da propriedade horizontal, Pires de Lima e Antunes Varela⁹⁴ afirmam que o título pode ser celebrado a qualquer momento, mesmo que o edifício se encontre ainda em construção ou esteja apenas projetado.

A constituição da propriedade horizontal posteriormente à existência física do edifício é o encaminhamento natural do instituto, portanto, não há nada a ser acrescentado. Contudo, a constituição da propriedade horizontal antes do término da obra sobre a qual recairá o direito real merece algumas considerações que a justifique.

Sobre as vantagens em constituir a propriedade horizontal antes do término da obra, Pires de Lima e Antunes Varela⁹⁵ mencionam que, com a constituição prévia, os adquirentes das frações autónomas poderão conhecer antecipadamente os seus direitos e obrigações, bem como as limitações a que, como condóminos, ficarão sujeitos.

Segundo os referidos autores, existem vantagens, também, no caso dos comproprietários do terreno desejarem construir sobre o mesmo um prédio que fique a pertence-lhes sob o regime da propriedade horizontal. A constituição prévia permitirá que cada um dos comproprietários saiba os limites dos seus direitos evitando que, numa partilha futura, surjam litígios.

As justificativas apresentadas pela doutrina são, de fato, razoáveis. Contudo, a inscrição prévia (antes do término da edificação) definitiva da propriedade horizontal no registro predial não é admitida⁹⁶ no ordenamento jurídico português. Em contrapartida, com a finalidade de proteger o interesse dos adquirentes, o legislador português passou a admitir que a propriedade horizontal seja “pré-constituída” durante, ou até mesmo antes, da construção do edifício.

Nesse caso, conforme estabelece o artigo 92, nº 1, “b” do Código do Registro Predial, o registro será lavrado como provisório por natureza⁹⁷. Da mesma forma, os fatos jurídicos respeitantes às fracções autónomas celebrados antes do registro definitivo da constituição da propriedade horizontal também serão objeto de registro provisório, conforme previsto no artigo 92, nº 1, “c” do Código do Registro Predial.

⁹⁴ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 408.

⁹⁵ Id., Ibid., p. 408.

⁹⁶ MESQUITA, Manuel Henrique. A propriedade horizontal no Código Civil Português. Revista de direito e de estudos sociais, ano XXIII, jan.-dez., nº 1-2-3-4. Coimbra, 1978. p. 28.

⁹⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 295.

No direito brasileiro, o entendimento predominante é de que o instrumento de constituição da propriedade horizontal⁹⁸ e o respectivo registro, que faz nascer juridicamente a nova espécie de propriedade, também só podem ser lavrados após o término da obra e a expedição da respectiva “carta de habitação” pelo órgão competente do município. É possível, contudo, alienar as futuras unidades antes de as mesmas estarem prontas, mas, para isso, será necessária a celebração de um ato jurídico prévio denominado, pela Lei nº 4.591/64, de “incorporação imobiliária” (espécie de pré-instituição de condomínio), que será objeto de análise mais adiante.

Todavia, parte importante da doutrina brasileira admite a possibilidade do registro da pré-instituição de condomínio, mesmo antes da finalização da obra e sem a necessidade do registro da incorporação imobiliária. Os defensores desse registro⁹⁹, com base no direito espanhol¹⁰⁰, identificam na Lei nº 4.591/64 elementos caracterizadores da chamada pré-horizontalidade¹⁰¹.

Segundo a citada doutrina, a leitura conjunta dos artigos 8º e 9º, ambos da Lei 4.591/64, possibilita o registro da instituição de condomínio, mesmo antes da obra estar concluída. Os referidos dispositivos legais assim estabelecem:

“Art. 8º Quando, em terreno **onde não houver edificação**, o proprietário, o promitente comprador, o cessionário deste 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 for 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.” (grifo nosso)

⁹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 10.

⁹⁹ SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo, nº 21, 1988. p. 29.

¹⁰⁰ LUIS DíEZ-PICASO Y PONCE DE LÉON, apud SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo, nº 21, 1988. p. 29.

¹⁰¹ Vale dizer que o Código Civil Brasileiro, ao disciplinar o condomínio edilício nos artigos 1.331 e seguintes, não veda a pré-horizontalidade. Portanto, a Lei 4.591/64, que não foi revogada, logo segue, juntamente com o novo código, disciplinando a figura do condomínio por unidades autônomas, pode ser utilizada para justificar a pré-instituição do condomínio. MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis. 3ª ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2010. p. 76.

“Art. 9º Os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, **em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas**, elaborarão, por escrito, a Convenção de condomínio, e deverão, também, por contrato ou por deliberação em assembléia, aprovar o Regimento Interno da edificação ou conjunto de edificações.” (grifo nosso)

O artigo 8º acima transcrito prevê os requisitos necessários para o registro da instituição de condomínio (a) em relação às unidades autônomas que se constituírem em casas térreas ou assobradadas e (b) em relação às unidades autônomas que constituírem edifícios de dois ou mais pavimentos. Antes de estipular as regras para cada uma das modalidades acima referidas, *ocaput* do artigo 8º estabelece que as citadas regras sejam observadas quando o empreendedor pretender levar a termo o empreendimento “em terreno onde não houver edificação”.

Ora, se as regras previstas no artigo 8º devem ser observadas quando o empreendedor pretende levar a termo o empreendimento em terreno onde não haja edificação tal só pode significar que o legislador está a permitir que a propriedade horizontal seja instituída mesmo antes do término da construção.

Complementando a possibilidade prevista no artigo 8º, o artigo 9º da Lei 4.591/64 prevê a possibilidade de os adquirentes de unidades autônomas “em edificações a serem construídas ou em construção” elaborarem a convenção de condomínio e o regimento interno da edificação ou conjunto de edificações.

Pelo exposto, fica evidente a intenção do legislador em possibilitar a pré-instituição do condomínio, tanto que possibilitou aos adquirentes das unidades em edificações a serem construídas ou em construção elaborarem a convenção de condomínio¹⁰².

Segundo Mário Mezzari¹⁰³, questões de ordem prática também justificam a instituição de condomínio antes do término da obra:

Somem-se a esses argumentos de ordem jurídica, alguns argumentos de ordem prática: a Receita Federal tem exigido dos condomínios o registro destes a fim de conceder-lhes a inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ. Esse documento é de extrema importância para uma série de tratativas e contratações que o grupo condominial terá de fazer durante o curso da obra. É evidente que tal registro não conferirá personalidade jurídica ao condomínio, pelas razões que também tratamos nesta obra. Mas, a partir da publicidade gerada pelo registro, e para os

¹⁰² Sobre a registrabilidade da convenção de condomínio celebrada antes do término da obra, Mário Mezzari afirma que “a convenção de condomínio celebrada no curso da obra, nesses casos, nos termos do artigo 1.333 e seguintes do Código Civil (anteriormente regulado pelo artigo 9º da Lei nº 4.591, de 1964), pode e deve ser registrada. Este registro é feito no Livro 3, chamado Registro Auxiliar”. MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis. 3ª ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2010. p. 82.

¹⁰³ Id., Ibid., p. 81.

efeitos circunscritos à esfera tributária, previdenciária e contábil, o condomínio estará equiparado à pessoa jurídica, beneficiando-se dos efeitos daí recorrentes.

Postas essas premissas, o juízo é obrigatório e flui cristalino: no chamado “grupo fechado”, onde um conjunto de pessoas reúne-se com a finalidade de construir para seu uso próprio um empreendimento sob o regime da propriedade horizontal, pode celebrar desde logo o documento de instituição de condomínio, com a especificação das unidades autônomas e das áreas destinadas ao uso comum que comporão o empreendimento. Esse mesmo documento poderá fazer a pré-atribuição das unidades futuras aos consortes¹⁰⁴.

O documento assim celebrado deverá ser levado ao Registro de Imóveis acompanhado do projeto de construção devidamente aprovado, mais os quadros de áreas e de custos. De posse desses documentos e observadas as cautelas legais, o oficial registrará a pré-instituição de condomínio no Livro 2, denominado Registro Geral.

Ao analisar os argumentos que justificariam a pré-instituição de condomínio no direito brasileiro, a doutrina parte do pressuposto de que a pré-horizontalidade deve ser estudada a partir da existência de um grupo de condôminos especialmente reunidos (o chamado “grupo fechado”) para edificar um empreendimento sobre o qual recairá a figura da propriedade horizontal. A possibilidade de pré-instituição unilateral, via de regra, não é analisada pela doutrina com o argumento de que “quem é titular individual não terá relações com segundos nem terceiros que lhe tornem necessária a instituição prévia porque se tiver essas relações negociais, então estará configurada a necessidade do registro de incorporação imobiliária”¹⁰⁵.

Contudo, se o entendimento acima exposto permite o registro da pré-instituição do condomínio para os chamados “grupos fechados”, entende-se que os mesmos argumentos também podem ser usados para aceitar tal registro, em qualquer hipótese em que o empreendedor (pessoa física ou jurídica, empresário ou não, individual ou coletivamente) deseje pré-instituir a propriedade horizontal.

Nesse sentido, a instituição da propriedade horizontal antes da obra ser finalizada deve ser admitida, mesmo sem a figura do “grupo fechado”, pois o ato levado a registro criará as unidades autônomas apenas no âmbito jurídico e sob condição resolutiva, que será implementada caso a obra não seja averbada dentro do prazo de execução do projeto definido na licença de execução expedida pelo órgão competente.

Cumprido esclarecer, também, que a resolubilidade, traço característico da pré-horizontalidade, não deve servir de justificativa para negar o acesso ao álbum imobiliário

¹⁰⁴ A opção pelo registro da pré-instituição de condomínio, no caso do grupo fechado, remete, ainda, à desnecessidade da celebração da escritura de divisão e atribuição de unidades autônomas, se as unidades já tiverem sido destinadas especificamente a cada condômino no momento do registro da pré-instituição de condomínio. MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis. 3ª ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2010. p. 81.

¹⁰⁵ Id., Ibid., p. 76.

dos negócios jurídicos pactuados na sua dependência. A existência da cláusula resolutiva não pressupõe a inalienabilidade dos bens sobre os quais a cláusula recai e, no caso da propriedade horizontal, com a finalização da obra, a averbação da construção transformará o registro provisório em definitivo, sem a necessidade de novo registro de instituição da propriedade horizontal.

Obviamente que, se o empreendedor alienar as unidades criadas com a prévia instituição de condomínio, deverá registrar a incorporação imobiliária¹⁰⁶ por imposição do artigo 32 da Lei 4.591/64¹⁰⁷.

Nesse sentido é o entendimento de Oliveira Ascensão¹⁰⁸, ao examinar a instituição de condomínio no direito brasileiro.

“As dificuldades aumentam se considerarmos que a instituição de condomínio se pode fazer antes do edifício construído. Não se pode falar de uma divisão, pois não há ainda a coisa a dividir. A figura tem então a natureza de uma *situação jurídica preliminar*. Tudo fica pré-constituído de maneira que, terminada a construção do edifício, os direitos porventura adquiridos se concretizem automaticamente em propriedades sobre as unidades autónomas do edifício.

(...).

Como se compreende então que, mesmo neste caso, a instituição de condomínio possa ser registrada? Porque ao registro não vão apenas os actos que importem efeitos reais imediatos mas também aqueles que preparam efeitos futuros.

(...).

Pensa-se por vezes que a incorporação se faz quando o edifício não está ainda construído, e a instituição de condomínio após a construção. Mas este critério de distinção não pode ser verdadeiro, porque logo o artigo 8º, da Lei nº 4.591 prevê a instituição de condomínio em terreno onde não houver edificação e se pretender erigir mais de uma. Logo, a instituição de condomínio é compatível com os casos em que a construção está ainda por fazer-se. E, na verdade, em nada o artigo 7º exige a existência actual das unidades autónomas cujo condomínio é instituído.”

A viabilidade do registro da instituição de condomínio antes do término da obra é reforçada pelo disposto no artigo 172, da Lei nº 6.015/73, que assim estabelece:

“Art. 172 - 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.”

¹⁰⁶ Quanto ao tema, J. Nascimento Franco e Niske Gondo, afirmam: “No sistema legal brasileiro, caracteriza-se a incorporação quando a iniciativa do empreendimento é assumida pelo incorporador que se dispõe a vender as unidades autónomas do edifício projetado ou a ser construído. As sociedades de fato, dos coproprietários, para a construção do edifício sob a orientação de um técnico, não configuram propriamente incorporação imobiliária, nos termos da aludida Lei nº 4.591, porque, para tanto, falta um elemento essencial, vale dizer a alienação, ou promessa de alienação de unidades autónomas. Adquirindo partes ideais de um terreno e obrigando-se a custear a edificação das respectivas unidades autónomas, desde logo identificadas, os interessados não promovem uma incorporação imobiliária, mas simplesmente convencionam aquilo que os italianos denominam condomínio “preconstituído”. FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. Incorporações Imobiliárias. São Paulo: RT, 1984. p. 3.

¹⁰⁷ ASCENSÃO, Maria Teresa Pereira de Castro e ASCENSÃO, José de Oliveira. Condomínio (Instituição, incorporação e convenção). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 412.

¹⁰⁸ Id., Ibid., p. 408, 409 e 418.

A lei dos registos públicos é clara ao prever que os títulos constitutivos de direitos reais serão registrados no Registro de Imóveis, quer para a sua constituição, quer para a sua validade perante terceiros. Assim, o registro da instituição da propriedade horizontal antes do término da obra, mesmo que sob condição resolutiva, é importante tanto para a constituição do novo direito real quanto para validade em relação a terceiros, ficando a critério do empreendedor a opção pela prévia instituição diante da situação prática apresentada.

1.3.3 Modalidades e pressupostos de constituição

Embora a modalidade mais comum de constituição da propriedade horizontal seja o negócio jurídico unilateral, as leis, portuguesa e brasileira, prevêem, ainda, outros meios para a sua constituição.

Nos termos do disposto no artigo 1.417.º, do CCP, a propriedade horizontal pode ser constituída por:

a) Negócio jurídico *causa mortis* (testamento) ou *inter vivos* (negócio unilateral e contrato):

No caso da constituição da propriedade horizontal por testamento, entende-se que o importante é estar presente a vontade do testador em constituir a propriedade horizontal. As partes técnicas, como a especificação do empreendimento, poderão ser complementadas por documentos à parte.

b) Usucapião:

Segundo Menezes Leitão¹⁰⁹, a situação da constituição da propriedade horizontal por usucapião é complexa, pois a ação versa, normalmente, sobre apenas uma fração ideal e a propriedade horizontal deve ser constituída sobre todo o edifício.

c) Decisão administrativa:

A constituição da propriedade horizontal por decisão administrativa poderá ocorrer, por exemplo, no caso de expropriação parcial de um prédio. Isso porque o procedimento expropriatório, nos termos do disposto no artigo 74.º a 79.º do Código das Expropriações, poderá ser efetivado pela via administrativa, sem a intervenção judicial (o

¹⁰⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 296.

que, no caso do direito brasileiro, também poderá ocorrer se houver acordo quanto ao valor da indenização e a expropriação for efetivada por escritura pública amigável)¹¹⁰.

d) Decisão judicial proferida em ação de divisão de coisa comum ou em processo de inventário (a requerimento de qualquer consorte, nos termos do artigo 1.417.º n.º 2, do CCP/66).

e) Em cumprimento de obrigação assumida em contrato-promessa de transmissão de fração autónoma de edifício:

Segundo Menezes Leitão¹¹¹, o negócio jurídico constitutivo da propriedade horizontal pode ser objeto de uma obrigação voluntariamente assumida, designadamente no âmbito de um contrato-promessa incidente sobre fração autónoma a construir. Nesse caso, o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 268/94 estabelece ser obrigação do promitente vendedor exercer as diligências necessárias relativas à constituição da propriedade horizontal e à obtenção da correspondente licença de utilização.

f) Caso especial do artigo 1.526.º, do CCP, ou seja, a constituição da propriedade horizontal sobre edifício alheio ao abrigo de um direito de superfície com esse conteúdo¹¹².

Sobre o referido dispositivo legal, Pires de Lima e Antunes Varela¹¹³ estabelecem:

“Prevê-se nesta disposição a hipótese de a faculdade de construir uma obra recair, não diretamente sobre o solo ou terreno, mas sobre um edifício alheio. Nessa altura, ao lado da propriedade superficiária, quando a construção se fizer, haverá no mesmo imóvel a propriedade do prédio urbano subjacente. Precisamente por isso se mandam aplicar à regulamentação do caso, não só as disposições reguladoras do direito de superfície, mas também as limitações constantes do artigo 1415.º, relativamente à constituição da propriedade horizontal. E, uma vez efectuada a construção, serão aplicáveis à situação as regras da propriedade horizontal.”

Apesar de reconhecer a controvérsia existente em relação ao tema, Luís A. de Carvalho Fernandes¹¹⁴ entende viável a constituição da propriedade horizontal sobre edifício alheio ao abrigo de um direito de superfície, utilizando os seguintes argumentos:

“A primeira dificuldade que se poderia opor a este entendimento resultaria do facto de o direito de propriedade sobre o solo onde existe o edifício pertencer ao fundeiro, não podendo, como tal, ele ser coisa necessariamente comum, contra a estatuição do artigo 1.241, n. 1, al. A. É esta uma questão formal. O superficiário tem direito de manter no solo o edifício, com os poderes correspondentes à sua situação de superficiário. Posto isto, constituída a propriedade horizontal, aos superficiários-condóminos ficam apertencer, em comum, esses mesmos poderes e tanto basta para satisfazer a exigência do artigo 1.421. Não se vê razão para, na propriedade horizontal, o solo ter de

¹¹⁰ MESQUITA, Manuel Henrique. A propriedade horizontal no Código Civil Português. Revista de direito e de estudos sociais, ano XXIII, jan.-dez., n.º 1-2-3-4. Coimbra, 1978. p. 15.

¹¹¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 295.

¹¹² Id., Ibid., p. 294.

¹¹³ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Vol. III (art. 1251.º a 1575.º). 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 593.

¹¹⁴ CARVALHO FERNANDES, Luís A. Lições de Direitos Reais. Lisboa: Quid Júris, 1998. p. 403-404.

pertencer aos condóminos em compropriedade, com exclusão de qualquer outra situação de contitularidade. O que o solo não pode ser é objecto do direito singular de qualquer condómino. Também a situação do fundeiro não é afectada, pois não há alteração dos poderes incidentes sobre o solo, mas somente uma diferente titularidade dos mesmos. Mais significativamente se diria, até, à primeira vista, uma outra objecção, fundada agora na circunstância de o direito de superfície poder ser temporário, enquanto o direito de propriedade horizontal se configura, na lei, como perpétuo. Ao qualificarmos este último como um tipo autónomo de direito real de gozo, demarcando-o da propriedade, afasta-se o aparente rigor do argumento. De qualquer modo, não se pode esquecer que, na situação em análise, o titular do direito à fracção é primordialmente superficiário e só depois condomínio. Cumpre, finalmente, salientar, sem pretender dar ao argumento valor decisivo, a circunstância de ser prática social e jurídica corrente a existência de edifícios sobre que incide um direito de superfície constituído em propriedade horizontal, sem que se tenham verificado, a este respeito, dúvidas, tanto na titulação notarial, como na inscrição registral do correspondente negócio.”

No direito brasileiro, por sua vez, as modalidades de instituição do condomínio edilício estão previstas no artigo 1.332, do CCB, que assim dispõe:

“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 umas das outras e das partes comuns; II – a determinação da fracção ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns; III – o fim a que as unidades se destinam.”

Para além da possibilidade da instituição do condomínio edilício por testamento ou ato entre vivos (negócio jurídico unilateral, contrato, cumprimento de obrigação assumida em contrato de promessa de compra e venda, *etc.*), a doutrina brasileira¹¹⁵ admite, ainda, a instituição por decisão judicial (decisões judiciais proferidas em ação de divisão de coisa comum¹¹⁶, em processo de inventário, em acções em que se invoque a usucapião, *etc.*).

Nos casos de instituição da propriedade horizontal por decisão judicial, a ordem do Juiz substituirá o instrumento de instituição de condomínio e a declaração de vontade, que, a priori, é das partes, mas, tal documento, para ter acesso ao álbum imobiliário, deverá, de qualquer forma, ser instruído com os documentos necessários à instituição¹¹⁷.

¹¹⁵ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Condomínio edilício no Brasil – noções e algumas questões controvertidas. Coimbra: Coimbra editora. 2º Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral. Centro de Estudos Notariais e Registrais / Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2009. p. 89.

¹¹⁶ Segundo Mário Mezzari, “essa ideia de divisão física do imóvel é sempre pensada à luz das regras do condomínio comum, e a partilha do bem entre os comunheiros é analisada somente à luz da divisão em planos verticais, vale dizer, pelo desmembramento do imóvel. Mas a verdade é que, se a tanto se prestar o prédio, nada impede que, como forma de solução da lide, o magistrado institua o mesmo em condomínio, criado duas ou mais unidades autónomas, tantas quantas forem possíveis e necessárias ao deslinde da causa. MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis. 3ª ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2010. p. 83.

¹¹⁷ Id., *Ibid.*, p. 83.

A constituição da propriedade horizontal sobre edifício alheio ao abrigo de um direito de superfície não é aceita no direito brasileiro. Frederico Henrique Viegas Lima¹¹⁸ considera incabível tal modalidade de constituição da propriedade horizontal, mas vislumbra a seguinte possibilidade:

“Nada impede que as partes, dentro da faculdade que possuem de pactuar, estabeleçam uma figura semelhante à da propriedade horizontal. Basta que o acordo mencione, especificamente, que o objeto do direito de superfície é a construção de uma edificação a ser dividida em unidades, facultada a sua cessão pelo superficiário a terceiros, pelo tempo que durar a concessão da superfície. Para caracterizar esta forma de propriedade, as partes poderão utilizar-se de algumas normas relativas aos condomínios em edifícios contidas no Código Civil de 2002, desde que não contrariem a natureza jurídica do direito de superfície.”

Alguns autores¹¹⁹ ainda relacionam a incorporação imobiliária como modalidade de instituição da propriedade horizontal. Contudo, esse entendimento não parece acertado, pois o registro da incorporação, mesmo gerando a pré-horizontalidade, não dispensa o registro próprio de constituição da propriedade horizontal, conforme estabelece o artigo 44, da Lei nº 4.591/64, que possui o seguinte teor:

Art. 44. Após a concessão do "habite-se" pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer, (VETADO) a averbação da construção das edificações, **para efeito de individualização e discriminação das unidades**, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento dessa obrigação. (grifo nosso)

A constituição da propriedade horizontal, em qualquer das modalidades acima referidas, depende da verificação de pressupostos físicos do prédio e jurídicos do título constitutivo.

Os pressupostos físicos do prédio são:

a) a existência de um terreno e que um edifício tenha sido construído sobre esse terreno;

b) que o imóvel possa ser dividido em frações suscetíveis de constituírem unidades independentes (artigo 1.414.º, do CCP, artigo 1.332, do CCB), que entre elas existam coisas de uso comum e que as frações tenham acesso próprio às áreas comuns ou vias públicas (artigo 1415.º, do CCP, artigo 2º, da Lei nº 4.591/64).

A reunião desses fatores é incidível para identificação da propriedade horizontal como figura autónoma. A inexistência dos referidos pressupostos físicos descaracteriza a propriedade horizontal e remete o imóvel ao regime da compropriedade¹²⁰.

¹¹⁸ LIMA, Frederico Henrique Viegas. O Direito de Superfície Como Instrumento de Planificação Urbana. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 383-384.

¹¹⁹ GOMES, Orlando. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 226.

¹²⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 300.

Em Portugal, os pressupostos jurídicos do título constitutivo estão previstos no artigo 1.418.º, do CCP. Segundo o disposto no número 1 do referido dispositivo legal, o título constitutivo deve conter:

a) a especificação do edifício, que deverá indicar as partes comuns, individualizar as frações privativas e fixar o valor relativo a cada fração (expresso em percentagem ou permilagem do valor total do prédio).

O valor das frações será calculado sobre as áreas privativas e é de livre arbitramento do proprietário. Se, contudo, o valor tiver que ser arbitrado por terceiro (juiz ou técnico indicado pelos proprietários), deverá ser levado em consideração apenas a construção e não eventual negócio lá já instalado¹²¹.

O valor fixado para as frações ideais será usado para vários efeitos, como, por exemplo: determinar o voto de cada condómino, calcular a quota de cada uma das despesas do edifício, partilhar eventuais rendimentos da coisa comum, repartir o valor do terreno no caso demolição do prédio,*etc.*¹²².

Cabe destacar, ainda, que a falta da especificação ou a desconformidade da destinação constante da especificação em relação ao fixado no projeto de construção geram a nulidade do título e a sujeição ao regime da compropriedade. A nulidade poderá ser arguida por qualquer condómino e também pelo Ministério Público sobre a participação da entidade pública a quem caiba a aprovação ou fiscalização das construções (artigos 1.416.º e 1.418.º, n.º 3, do CCP).

Segundo o previsto no número 2, do artigo 1.418.º, do CCP, o título constitutivo pode conter ainda:

a) menção do fim a que se destinam cada fração privativa ou parte comum¹²³ (os particulares nesse caso podem criar limitações ao direito de propriedade além dos previstos em lei, conforme estabelece o artigo 1.422.º, do CCP);

b) regulamento do condomínio (disciplinando o uso, fruição e conservação quer das partes comuns, quer das frações) sendo que, nos termos do artigo 1.429.º-A, do CCP, existindo mais de quatro condóminos, a elaboração do regulamento é obrigatória e a

¹²¹ MESQUITA, Manuel Henrique. A propriedade horizontal no Código Civil Português. Revista de direito e de estudos sociais, ano XXIII, jan.-dez., n.º 1-2-3-4. Coimbra, 1978. p. 12.

¹²² Id. Ibid., p. 32.

¹²³ Nos termos do parecer do C. T. da DGRN, publicado no Boletim dos Registos e do Notariado, n.º 8/97, II, processo n.º 72/96, a afetação das frações do prédio ao fim a que se destinam faz parte do estatuto real do condomínio, com eficácia *erga omnes*, por estarem em causa regras de interesse e ordem pública. LOPES, J. de Seabra. Direito dos Registos e do Notariado. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2011. p. 443.

responsabilidade pela feitura do documento é da assembleia dos condóminos ou do administrador;

c) previsão do compromisso arbitral para resolução de litígios emergentes da relação de condomínio;

d) partes que, em regra, se presumem comuns também podem ser consideradas privativas e receber atribuição de valor, desde que estejam representadas por área construída (exemplo: garagens, áreas de lazer,*etc.*);

Nesse sentido, cumpre destacar que o artigo 1.421.º, do CCP estabelece o que no edifício são coisas comuns, dividindo-as em obrigatoriamente comuns e presumivelmente comuns. A distinção entre os dois tipos é fundamental na medida em que as primeiras, por serem essenciais ao uso comum do prédio, não podem ser atribuídas como de uso exclusivo de qualquer condómino, enquanto que as segundas, por não serem essenciais e apesar de se manterem comuns, poderão ser ilididas pelo título ou pela sua natureza e, conseqüentemente, poderão ser afetadas ao uso exclusivo de um ou alguns condóminos¹²⁴.

Pelo exposto, verifica-se que o número 2, do artigo 1.418.º, do CCP admite a autonomia da vontade das partes na constituição da propriedade horizontal. A liberdade existe, contudo, no estrito limite legal.

Além dos pressupostos previstos no artigo 1.418.º, do CCP destaca-se, ainda, o disposto no artigo 59.º do Código do Notariado. Segundo o referido artigo, os instrumentos de constituição da propriedade horizontal só podem ser lavrados se for apresentado documento, passado pela câmara municipal, comprovativo de que as frações autónomas satisfazem os requisitos legais. Em se tratando de prédio construído para transmissão em frações autónomas, esse documento pode ser substituído pela exibição do respectivo projeto de construção e, sendo caso disto, dos posteriores projetos de alteração aprovados pela câmara municipal¹²⁵.

Cabe destacar, por fim, que, ao passo que o artigo 1.414.º, do CCP prevê a constituição do condomínio em relação a um edifício, o artigo 1.438.º-A, do CCP, por sua vez, admite a aplicação da propriedade horizontal ao conjunto de edifícios contíguos funcionalmente ligados entre si pela existência de partes comuns afetadas ao uso de todas ou algumas das unidades ou frações que os compõem.

¹²⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito Reais*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 293.

¹²⁵ LOPES, J. de Seabra. *Direito dos Registos e do Notariado*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 441.

O disposto no artigo 1.438.º-A, do CCP faz surgir uma séria de novas possibilidades de configuração do empreendimento. Como exemplo, destaca-se a possibilidade de constituição dos chamados super-condomínios ou condomínios complexos¹²⁶, já mencionado no item 1.1.

No direito brasileiro, os pressupostos físicos do prédio, necessários à instituição do condomínio edilício, são semelhantes aos previstos no direito português. Por sua vez, os pressupostos jurídicos do título constitutivo decorrem do disposto no artigo 167, I, nº 17, da Lei 6.015/73, combinados com o artigo 1.332, do CCB.

Tais dispositivos legais, lidos em conjunto com provimentos normativos que orientam o exercício da atividade registral imobiliária¹²⁷, exigem que o título de constituição da propriedade horizontal, para ter acesso ao fólio real e, após o registro, faça nascer o condomínio especial, tenha, basicamente, os seguintes requisitos:

- a) requerimento, instruído com o memorial descritivo contendo as especificações da obra e individualização das unidades;
- b) a carta de habitação fornecida pela Prefeitura Municipal;
- c) a certidão negativa de débito fornecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, relativo à construção realizada;
- d) o projeto arquitetônico devidamente aprovado pelo Município;
- e) o quadro de custos das unidades autónomas e a planilha de áreas e frações ideais, subscrita pelo engenheiro responsável pelo cálculo (NBR 12.721);
- f) as Anotações de Responsabilidade Técnica relativas aos trabalhos de engenharia e arquitetura apresentados, bem como à execução da obra.

¹²⁶ A aplicação do regime previsto no artigo 1.438.º-A, do CCP depende, entretanto, da estrutura física do prédio. Esse foi o entendimento no Acórdão da Relação do Porto, de 24 de fevereiro de 2005, ao estabelecer que: “só pode haver um condomínio relativamente a todos os blocos – integrantes de um só prédio – cuja separação não resulta com nitidez do título de constituição da propriedade horizontal”. PITÃO, José António de França. Propriedade horizontal – anotações aos artigos 1.414.º a 1.438.º-A do Código Civil. Coimbra: Almedina, 2007. p. 325.

¹²⁷ No Brasil, os serviços notariais e de registro – previstos no artigo 236, da Constituição da República Federativa, devidamente regulamentado pela Lei nº 8.935/94 – são atividades jurídicas, de organização técnica e administrativa, cujas atividades são fiscalizadas pelo Poder Judiciário de cada estado da Federação. No exercício da fiscalização, o Poder Judiciário estadual edita provimentos normativos que devem ser seguidos pelos notários e oficiais de registro. Dentre os provimentos já editados, merece destaque o nº 32/2006, expedido pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que buscou consolidar as normas (legais e administrativas) relativas aos serviços notariais e registrais daquele estado. O artigo 553, do referido provimento, lista os requisitos necessários para que o título de instituição do condomínio edilício seja lavrado e tenha condições de acesso ao fólio real.

1.3.4 Modificação e extinção da propriedade horizontal

O artigo 1.419.º, do CCP prevê a possibilidade de modificação da propriedade horizontal a partir da alteração do título constitutivo que, em respeito ao princípio da autonomia privada, exige, em princípio, acordo de todos os condóminos¹²⁸.

O mesmo dispositivo legal permite, contudo, que o administrador possa representar os condóminos no documento de modificação, desde que o acordo conste de ata assinada por todos os proprietários.

Com relação ao que pode ser alterado, importante destacar, desde já, que as partes imperativamente comuns não podem ser divididas. Quanto às partes privativas, não há limitação, e o artigo 1422.º-A, do CCP prevê, expressamente, as seguintes possibilidades:

a) modificações resultantes de junção, em uma só, de duas ou mais frações do mesmo edifício. Para tanto, são necessários os seguintes requisitos: as frações precisam ser contíguas (exceto no caso de arrecadações (depósitos) e garagens); não há necessidade de autorização dos demais condóminos.

b) modificações resultantes de divisão de frações autónomas do mesmo edifício. Para tanto, são necessários os seguintes requisitos: possibilidade física/arquitetónica do prédio, de modo que as frações criadas tenham acesso próprio à via pública ou área condominial que dê acesso à via pública; se o título constitutivo da propriedade horizontal não autorizar previamente a possibilidade de divisões, há necessidade de autorização dos demais condóminos, mediante deliberação da assembleia de condóminos sem oposição.

Nos termos do parecer da C. T. da DGRN, publicado no Boletim dos Registos e do Notariado, nº 8/97, processo nº 72/96, deve ser recusado o registro de alteração de propriedade horizontal quanto ao destino de uma fração autónoma com base em escritura em que não intervieram todos os condóminos do prédio, ou o administrador em representação ao condomínio com apresentação de ata assinada por todos donde conste o acordo quanto à alteração, por se tratar de ato nulo por violação do preceito legal imperativo dos artigos 295.º e 1419.º, nº 1 e 2, do CCP/66¹²⁹.

Contudo, estando prevista no título ou uma vez autorizada pelos condóminos, a junção ou divisão poderá ser realizada por ato unilateral do proprietário, que deverá comunicar o fato ao administrador no prazo de 10 dias (artigo 1422.º-A). E, se para dividir

¹²⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 310.

¹²⁹ LOPES, J. de Seabra. Direito dos Registos e do Notariado. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2011. p. 443.

uma fração em duas basta a aprovação da assembleia sem oposição e, depois, o interessado deve alterar o título constitutivo e comunicar ao administrador, claro que nada justifica que para a alteração do título se exija a unanimidade e não apenas a falta de oposição que terá permitido a obra de divisão material de uma fração.

Nos casos em que a propriedade horizontal pertença a apenas uma pessoa (porque as frações ainda não foram alienadas ou foram concentradas na titularidade de um só sujeito), a modificação poderá ser feita por declaração negocial do único proprietário¹³⁰, aplicando-se, quanto à forma do título, os mesmos requisitos necessários para a constituição da propriedade horizontal.

Outro requisito importante, previsto no artigo 60.º do Código do Notariado é o de que os instrumentos de modificação do título constitutivo da propriedade horizontal, que importem alteração da composição ou do destino das respectivas frações, só podem ser lavrados se for junto documento camarário comprovativo de que a alteração está de acordo com os correspondentes requisitos legais. No caso de a modificação exigir obras de adaptação, a exibição do projeto devidamente aprovado dispensa o documento a que se refere o número anterior.

Cumprido destacar, por fim, que, conforme previsto no artigo 2.º do Código do Registro Predial, os fatos jurídicos que importem a modificação da propriedade horizontal estão sujeitos a registro.

No direito brasileiro, a modificação da propriedade horizontal tanto para a junção quanto para a divisão de unidades também é permitida em termos e requisitos semelhantes aos previstos no direito português.

A doutrina¹³¹ indica, contudo, outras possibilidades de alteração na instituição da propriedade horizontal, dentre as quais se destacam, por serem mais recorrentes, as alterações que visam criação de nova unidade autónoma e o aumento de área privativa de uma unidade autónoma já existente.

Em ambos os casos, as fases da modificação seriam as seguintes:

a) aprovação unânime dos condóminos, após deliberação em Assembleia-Geral (artigo 10, da Lei nº 4.591/64).

¹³⁰ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Vol. III (art.1251.º a 1575.º). 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p.415.

¹³¹ MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis. 2ª ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2002. p. 203.

- b) aprovação do projeto de construção pelo órgão competente do Município.
- c) execução da obra de criação da nova unidade autónoma ou de aumento da área privativa da uma unidade.
- d) expedição da competente carta de habitação pelo órgão competente do Município.
- e) celebração da escritura pública de compra e venda de frações ideais entre os condóminos e do instrumento de retificação da instituição da propriedade horizontal e da convenção de condomínio.

A necessidade da forma pública decorre do fato de que, no Brasil, a fração ideal que representa as unidades autónomas é ligada ao terreno sobre o qual está assentada a edificação com base em cálculo realizado, em regra, a partir da área construída de cada unidade. Assim, se a alteração da propriedade horizontal importar em aumento ou diminuição de área construída das frações existentes, o condómino que pretender a alteração deverá adquirir ou vender cotas de terreno (fração ideal) aos demais proprietários em quantidade necessária a viabilizar a alteração. Cabe destacar, ainda, que, sobre esse negócio jurídico de transmissão de fração de terreno (compra e venda de fração), incide imposto de transmissão.

No caso de retificação da instituição da propriedade horizontal para a criação de uma nova unidade, não haverá necessidade da escritura pública de compra e venda onde intervenham por unânimidade todos os consortes, mas é necessário uma deliberação tomada pela Assembleia sem oposição.

Como tarefa final deste subcapítulo, cumpre identificar as formas de extinção da propriedade horizontal. Usando a doutrina de Menezes Leitão¹³², tem-se que a propriedade horizontal se extingue por:

- a) acordo entre os condóminos.
- b) concentração de todas as frações autónomas na propriedade de uma pessoa.

Entende-se importante destacar, contudo, que, nesse caso, diante da aquisição das frações autónomas por apenas uma pessoa, a extinção se opera em relação ao condomínio e não à propriedade horizontal que, mesmo com apenas um proprietário, seguirá existindo.

¹³² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito Reais*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 312.

c) destruição do edifício (artigo 1428.º, do CCP). Ocorrendo essa hipótese, os proprietários das frações autónomas destruídas passam a ser comproprietários sobre o qual se assentava a edificação.

No direito brasileiro, os artigos 1.357 e 1.358, ambos do CCB, estabelecem que o condomínio edilício extingue-se por destruição do edifício e, também, no caso de desapropriação. A doutrina¹³³, entretanto, ainda prevê, como hipóteses de extinção, o acordo de vontades firmado entre os condóminos e a aquisição de todas as unidades autónomas por um único proprietário¹³⁴.

No caso da celebração de escritura pública de extinção de condomínio edilício por todos os condóminos, a partir do registro do título, os proprietários das unidades autónomas do condomínio edilício extinto passam a ser comproprietários do prédio no regime de condomínio comum (compropriedade). Como o instrumento de extinção opera a modificação do direito de propriedade, nos termos do disposto no artigo 108, do CCB, a escritura pública é obrigatória.

1.4 O registro da propriedade horizontal

Nos termos do disposto no artigo 1.417.º, do CCP, a propriedade horizontal, seguindo a regra geral do direito português, constitui-se em decorrência da celebração do título constitutivo. Contudo, o artigo 2º, do CRP prevê que os fatos jurídicos que determinem a constituição ou a modificação da propriedade horizontal estão sujeitos a registro para valer perante terceiros.

Além disso, o artigo 62.º, nº 1 do Código do Notariado estabelece que nenhum instrumento pelo qual se transmitam direitos reais ou contraíam encargos sobre frações autónomas de prédios em regime de propriedade horizontal pode ser lavrado sem que se exhiba documento comprovativo da inscrição do respectivo título constitutivo no registro predial¹³⁵.

¹³³ SANTOS, Flauzilino Araújo dos. O condomínio edilício e o registro de imóveis. SAFE: Porto Alegre, 2003. p. 141.

¹³⁴ MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis. 2ª ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2002. p. 214.

¹³⁵ MESQUITA, Manuel Henrique. A propriedade horizontal no Código Civil Português. Revista de direito e de estudos sociais, ano XXIII, jan.-dez., nº 1-2-3-4. Coimbra, 1978. p. 16.

Assim, para que seja possível transmitir uma fração autónoma, é obrigatório o prévio registro, definitivo ou provisório, da constituição da propriedade horizontal junto ao registro predial¹³⁶. Considerando que, na grande maioria dos casos, a propriedade horizontal é constituída quando o proprietário do prédio tem a intenção de comercializar as frações autónomas, mesmo que o registro não tenha efeito constitutivo, na prática, o título acaba sendo levado a registro para possibilitar a negociação das frações autónomas. Sem o registro da propriedade horizontal, na conservatória o que consta é um prédio uno, e não frações que possam ser objecto de negócios a ser publicitados pelo registro.

A inscrição do título no registro predial obriga a estabelecer a descrição genérica do prédio ou prédios em regime da propriedade horizontal. O artigo 82.º, n.º 1, do Código do Registro Predial prevê, quanto à descrição, que:

“1 – A da descrição deve conter: a) O número de ordem privativo dentro de cada freguesia, seguido dos algarismos correspondentes à data da apresentação de que depende; b) A natureza rústica, urbana ou mista do prédio; c) A denominação do prédio e a sua situação por referência ao lugar, rua, números de polícia ou confrontações; d) A composição sumária e a área do prédio; e) (Revogada.); f) A situação matricial do prédio expressa pelo Artigo de matriz, definitivo ou provisório, ou pela menção de estar omissa. 2 - Na descrição genérica de prédio ou prédios em regime de propriedade horizontal é mencionada a série das letras correspondentes às fracções e na de empreendimento turístico classificado para fins turísticos esta circunstância, bem como as letras correspondentes às unidades de alojamento, quando existam.”

Por sua vez, quanto às descrições subordinadas, o artigo 83.º, n.º 1, do Código do Registro Predial estabelece:

“1 - A descrição de cada fracção autónoma deve conter: a) O número da descrição genérica do prédio, seguido da letra ou letras da fracção, segundo a ordem alfabética; b) As menções das alíneas c), d) e f) do n.º 1 do artigo 82.º indispensáveis para identificar a fracção; c) A menção do fim a que se destina, se constar do título.”

Completando os requisitos da individualização das frações autónomas, o artigo 95.º, n.º 1, alínea “q”, do Código de Registro Predial estabelece que:

“O extracto da inscrição deve ainda conter as seguintes menções especiais: (...); q) Na de constituição de propriedade horizontal, o valor relativo de cada fracção, expresso em percentagem ou permilagem, a existência de regulamento, caso este conste do título constitutivo, e os direitos dos condóminos neste título especialmente regulados e, na de alteração do título constitutivo, a descrição da alteração;”

A falta de registro, além de impedir a realização dos atos notariais de alienação ou oneração das frações autónomas, torna o ato de constituição da propriedade horizontal, nos

¹³⁶ O artigo 62.º, n.º 2, do Código do Notariado prevê, contudo, uma exceção à regra. Não será necessário o registro prévio de constituição da propriedade horizontal para a alienação das frações autónomas, quando os atos de transmissão de direitos ou de constituição de encargos sejam lavrados no mesmo dia e com o conhecimento pessoal do notário de que foi lavrado o título constitutivo de propriedade horizontal, circunstância que deve ser expressamente mencionada.

termos do disposto no artigo 2.º, nº 1, b, e artigo 5.º, ambos do Código do Registro Predial, inoponível a terceiros.

No direito brasileiro, a instituição da propriedade horizontal depende da inscrição do título constitutivo no Serviço de Registro de Imóveis da circunscrição registral em que está localizado o imóvel.

A obrigatoriedade do registro para a constituição da propriedade horizontal é defendida com base em dois dispositivos legais. Os autores que não identificam a propriedade horizontal com espécie de direito real justificam a obrigatoriedade do registro no artigo 1.332, do CCB, combinado com o artigo 167, I, 17, da Lei nº 6.015/73, que assim estabelecem:

“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.”

“Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.
I - o registro:
(...)
17) das incorporações, instituições e convenções de condomínio;”

De outro lado, os autores que identificam na propriedade horizontal um direito real autónomo, para justificar a obrigatoriedade do registro, utilizam, além dos dispositivos legais acima referidos, o artigo 172, da Lei nº 6.015/73, que assim estabelece:

“Art. 172 - 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.”

Como se verifica, o dispositivo legal transcrito exige, para a constituição dos direitos reais sobre imóveis, por ato *inter vivos*, o registro do título no competente Serviço de Registro de Imóveis, o que, entende-se, também deve ser aplicado à propriedade horizontal.

2. O INSTITUTO JURÍDICO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

No Brasil, o ato jurídico de incorporação imobiliária está previsto no título II, da Lei nº 4.591/64, e deve ser obrigatoriamente levado a registro quando o empreendedor objetivar a alienação de unidades autónomas antes de a obra estar concluída¹³⁷. Em Portugal, no âmbito das Conservatórias Prediais, o instituto que mais se assemelha à incorporação imobiliária, embora muitíssimo distinto, é o registro provisório da propriedade horizontal, previsto no artigo 92, nº 1, “b”, do Código do Registro Predial, que será lavrado quando os negócios jurídicos respeitantes às fracções autónomas forem celebrados antes do registro definitivo da constituição da propriedade horizontal.

Assim, nesse capítulo, pretende-se tratar da figura da incorporação imobiliária com a finalidade de demonstrar as vantagens do instituto em relação ao registro provisório da propriedade horizontal previsto no sistema português.

Cumprе destacar que não foi objeto da investigação o Decreto-Lei nº 68/2004, que estabelece os requisitos a que obedecem a publicidade e a informação disponibilizadas aos consumidores no âmbito da aquisição de imóveis para habitação.

Em que pese se reconheça que a ficha técnica da habitação¹³⁸ assemelha-se, em parte, com os objetivos da incorporação imobiliária¹³⁹, entende-se que a sistemática prevista no Decreto-Lei nº 68/2004 está ligada apenas às informações económicas e estruturais das edificações no âmbito da Câmara Municipal. O ato jurídico de incorporação imobiliária, por sua vez, é muito mais amplo, pois o registro da incorporação imobiliária no serviço registral competente, além de pré-instituir a propriedade horizontal,

¹³⁷ ASCENSÃO, Maria Teresa Pereira de Castro e ASCENSÃO, José de Oliveira. Condomínio (Instituição, incorporação e convenção). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 410.

¹³⁸ O artigo 4º, nº 1, do Decreto-Lei nº 68/2004, prevê que, “sem prejuízo de outras obrigações legais, o promotor imobiliário está obrigado a elaborar um **documento descritivo das características técnicas e funcionais do prédio urbano para fim habitacional**, documento que toma a designação «Ficha técnica da habitação». (grifo nosso)

¹³⁹ O artigo 9º, nº 1, do Decreto-Lei nº 68/2004, estabelece, por exemplo, que, “sem prejuízo de outras normas aplicáveis, não pode ser celebrada a escritura pública que envolva a aquisição da propriedade de prédio ou fracção destinada à habitação sem que o notário se certifique da existência da ficha técnica da habitação e de que a mesma é entregue ao comprador”.

permite que os adquirentes das unidades autônomas tenham acesso não apenas às informações urbanísticas da edificação, mas, também, à solvabilidade do empreendedor.

A incorporação imobiliária, como será demonstrado, também cria mecanismos de incentivo e proteção ao empreendedor, que poderá utilizá-la, por exemplo, para testar o mercado quanto à aceitação do produto que pretende comercializar.

2.1 Conceito de incorporação imobiliária e de incorporador

Sobre o surgimento da atividade de incorporação imobiliária, Caio Mário da Silva Pereira¹⁴⁰, autor do anteprojeto da Lei de Incorporações, lembra que:

“A incorporação imobiliária surgiu, como freqüentemente acontece, mais como uma criação empírica negocial do que como modalidade contratual. Para ser mais preciso, de princípio não se cogitava da operação abstrata da incorporação. Quem primeiro apareceu foi o incorporador, figura um tanto quanto obscura, na linha média ou na composição mista de corretor, de procurador, de comissário, de vendedor. As primeiras manifestações judiciais reconhecendo a sua existência ainda não esclareceram a sua estrutura jurídica. Aos poucos os tribunais se afeioaram à idéia de que no complexo da construção de edifícios coletivos havia uma entidade não definida no Direito Positivo, à qual tornava-se necessário precisar os contornos para assinalar os seus deveres e as suas responsabilidades”.

Ainda à margem da elaboração legislativa, passou-se, a partir da caracterização subjetiva do incorporador, a falar em incorporação imobiliária em seu negócio jurídico e na existência de um contrato de incorporação.

De início, a incorporação imobiliária foi tratada como contrato atípico, pois nem no Código Civil de 1916, nem na legislação posterior se podia encontrar o menor resquício de norma reguladora dessa atividade. Neste sentido, Pontes de Miranda afirmava que “o negócio jurídico ou série de negócios jurídicos que faz a incorporação é, de regra, negócio jurídico ou série de negócios jurídicos inominados”¹⁴¹.

Para Caio Mário¹⁴², antes de surgirem na França as *sociétés de constructions*, os interessados na construção de edifícios procediam sem sistema nem ordem: as relações jurídicas que visavam ao financiamento do negócio, as garantias deste, a fixação das

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n.4, p.18, jul./dez.1979.

¹⁴¹ MIRANDA, Pontes de, apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n.4, p. 19, jul./dez.1979.

¹⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n.4, p. 20, jul./dez.1979.

quotas partes do prédio projetado, tudo se entrecruzava “e o contrato de empreitada, pelo qual se realizava a edificação fazia ainda as vezes de incorporação”¹⁴³.

Como o mercado imobiliário já demonstrava ser um bom investimento, os empresários da construção civil utilizavam aquilo que tinham à disposição para efetuar os negócios, ou seja, as negociações eram feitas por contratos atípicos. Em assim sendo, tornava-se necessário que as partes especificassem os respectivos direitos e obrigações, como se dá sempre nessa forma contratual. Entretanto, como era o incorporador que os elaborava, nele se arrogaria mais direitos ao mesmo passo que a maior soma de deveres era atribuída à parte adquirente¹⁴⁴.

Verifica-se, assim, que não existia específica disciplina jurídica positiva. O resultado não foi dos melhores. A ganância de alguns incorporadores, exercendo indiscriminadamente a atividade, proporcionou muitos prejuízos a terceiros de boa-fé, que pagavam e não recebiam as unidades autónomas, desestimulando os investimentos no setor¹⁴⁵.

A partir dessa situação caótica, surgiu a primeira tentativa de normatização da incorporação imobiliária através do decreto nº 5.481/28¹⁴⁶, que vigorou por mais de trinta anos desenvolvendo a atividade de incorporação por meio de contratos atípicos¹⁴⁷.

Apesar de continuar tratando da atividade de incorporação imobiliária como contrato atípico, o decreto nº 5.481/28 foi de extrema importância para o desenvolvimento da incorporação imobiliária, pois tornou possíveis os condomínios em edificações quando “o legislador determinou que as edificações, com as características nele determinadas podiam ser alienadas em parte, constituindo cada apartamento uma propriedade autónoma, suscetível de ser como tal alienada e gravada; os negócios jurídicos assim realizados

¹⁴³ COTRIM NETO, A.B. Incorporação Imobiliária I. Enciclopédia Saraiva Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 340.

¹⁴⁴ Id., Ibid., p. 339.

¹⁴⁵ O investimento no ramo imobiliário nunca foi dos mais lucrativos. O percentual de aluguel raramente atinge 1% do valor do imóvel. Entretanto, o que atrai os investidores para o negócio é a valorização do imóvel, sobretudo a especulação na incorporação de edifícios em condomínio. GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, p. 33–48, jan./jun.1981.

¹⁴⁶ O artigo 1º do decreto estabelecia a abrangência do mesmo com o seguinte teor: "Edifícios de mais de cinco andares, construídos de cimento armado ou matéria similar incombustível". Esse artigo foi alterado pela Lei 285/48 que o reescreveu com o seguinte teor: "Os edifícios de dois ou mais pavimentos, construídos de cimento armado ou material similar incombustível".

¹⁴⁷ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 158.

podiam ser transcritos ou inscritos no Registro de Imóveis. Até esse momento era inconcebível a existência da propriedade autônoma de um apartamento”¹⁴⁸.

O enorme desenvolvimento dos condomínios em edifícios mostrou as falhas do decreto, exigindo um novo diploma legal mais eficiente. A partir dessa necessidade, o ato jurídico de incorporação imobiliária ganhou tipicidade na Lei nº 4.591/64 e, através dela, encontram-se estatuídos os direitos e deveres dos contratantes nas suas linhas gerais.

Quanto ao conceito de incorporação, o legislador brasileiro, no artigo 28, parágrafo único, da Lei 4.591/64, definiu que incorporação imobiliária é "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".

Tupinambá Miguel Castro do Nascimento¹⁴⁹, complementando o conceito legal, define incorporação imobiliária da seguinte forma:

Incorporação é uma atividade empresarial, em que com estruturação econômica, o incorporador, através do expediente de efetivar ou compromissar a alienação prévia de frações ideais de determinado terreno, adquire condições monetárias para construir uma ou mais edificações e, posteriormente, vender as unidades autônomas já previamente vinculadas às frações ideais alienadas. Esta atividade ocorre antes da obra ser construída e define e dá conteúdo à atividade empresarial do incorporador. Daí que quem constrói uma edificação e, após a edificação construída, vende as unidades autônomas, não é incorporador nem há incorporação.

A incorporação imobiliária tem por escopo, portanto, a comercialização das unidades autônomas ainda não edificadas. Para que a unidade autônoma seja posta à venda antes da conclusão da obra, o legislador, com a finalidade de proteger os adquirentes da coisa futura, exige que o empreendedor registre perante o Serviço de Registro de Imóveis competente o memorial de incorporação, através do arquivamento dos documentos de que trata o artigo 32, da Lei 4.591/64.

Estando em ordem a documentação apresentada, o registro será lavrado, gerando a pré-instituição da propriedade horizontal, que, após a conclusão da obra, deverá ser confirmada por um novo ato de registro. A constituição da propriedade horizontal é, portanto, a consequência da atividade de incorporação imobiliária.

Registrado o memorial de incorporação imobiliária, o incorporador está apto a comercializar as futuras unidades autônomas através da celebração de contratos (que a

¹⁴⁸ RODRIGUES, Sílvio. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista Jurídica, São Paulo, n. 243. p. 5-17, 1998.

¹⁴⁹ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 88.

doutrina denominou de contratos de incorporação imobiliária¹⁵⁰), nos quais se obriga a promover a construção de empreendimento dividido em unidades autônomas para distintos adquirentes da respectiva fração ideal do terreno¹⁵¹, sob regime da propriedade horizontal.

A atividade de incorporação imobiliária é caracterizada, portanto, pela construção de empreendimento sob o regime da propriedade horizontal (elemento objetivo da incorporação) e a comercialização das unidades autônomas antes da conclusão da obra¹⁵² (elemento negocial da incorporação).

No que tange ao contrato de incorporação imobiliária, Everaldo Augusto Cambler¹⁵³ afirma:

O objeto material do negócio jurídico incorporativo, por ocasião da assinatura do contrato, não está à disposição do adquirente, motivo pelo qual o identificamos como coisa futura. Enquanto não terminada a construção, a situação jurídica real é de uma co-propriedade, pois da existência efetiva de unidades condominiais depende o aparecimento da propriedade, em planos horizontais.

A compropriedade surge no momento do registro das vendas das unidades autônomas no registro de imóveis, quando o adquirente passa a ter direito real sobre as frações ideais do terreno e sobre a fração autônoma. O adquirente só terá seu direito completamente satisfeito a partir do cumprimento da obrigação de fazer por parte do incorporador, transformando o terreno uno em frações ideais e criando frações autônomas sobre as quais existira direito exclusivo.

Necessariamente, toda a incorporação tem incorporador (elemento subjetivo da incorporação). A Lei 4.591/64, em seu artigo 29, conceituou o incorporador como:

“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 ideais a unidade autônoma, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite proposta para a efetivação de tais transações,

¹⁵⁰ O projeto do atual Código Civil Brasileiro, de autoria do jurista Miguel Reale, continha alguns artigos dedicados ao contrato de incorporação imobiliária. Contudo, no processo de aprovação do projeto, os artigos foram excluídos. O artigo 763 do projeto assim estabelecia: “Pelo contrato de incorporação imobiliária, pessoa física ou jurídica, promove e realiza ou tão-somente promove e coordena a construção de edifício de qualquer natureza, de um ou mais planos horizontais, dividido em unidades autônomas, sob regime condominial”.

¹⁵¹ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 461, mar. 1974. p. 12.

¹⁵² O contrato de incorporação imobiliária foi equiparado pela doutrina à atividade de incorporação. Entretanto, ela é mais do que isso. Ela é toda a atividade incorporativa. Isto é, ela é o arquivamento da documentação no Registro de Imóveis competente e a comercialização das futuras unidades autônomas através do contrato de incorporação concebido sob a forma de um compromisso de compra e venda. CAMBLER, Everaldo Augusto. Incorporação Imobiliária. Ensaio de uma teoria geral. São Paulo: RT, 1993.

¹⁵³ Id., Ibid., p 261.

coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega a certo prazo, preço e determinadas condições das obras construídas”¹⁵⁴.

Até a edição da Lei 4.591/64, o incorporador não tinha sua situação regulada. Os tribunais não tinham adotado posicionamento seguro sobre a figura do incorporador, chegando a equipará-lo ao corretor da transação e isentando-o de maiores responsabilidades. Sendo assim, por mais que se diga que a definição do artigo 29 é por demais extensiva, e ela realmente o é, agora se tem definida essa figura jurídica que por muito tempo foi conceituada de forma imprecisa.

Caio Mário¹⁵⁵, ao tratar da natureza jurídica do incorporador, destaca a presença de características de diversas categorias jurídicas.

Sob certo aspecto é um corretor, posto que conduz um negócio de venda e compra. Pode ser visto como mandatário, especialmente por contratar em nome de terceiros. É um gestor de negócios quando encaminha a seu termo a construção empreitada. É um comerciante, em análise mais profunda. É, também, um industrial, desde que a construção cível é considerada ramo de atividade industrial.

Entende-se, entretanto, que a atividade do incorporador transcende a tudo isso, uma vez que impulsiona todo o empreendimento e, ao mesmo tempo, lhe confere inúmeras obrigações. A partir da função de harmonizar interesses e encaminhar as pessoas para a consecução do resultado, alguns doutrinadores¹⁵⁶ concluem que o incorporador exerce atividade empresária¹⁵⁷.

Tal enquadramento, contudo, parece esbarrar no conceito legal previsto no artigo 29, da Lei 4.591/64, que diz que incorporador pode ou não ser comerciante¹⁵⁸. Nesse

¹⁵⁴ O artigo 3º, nº 1, “a”, do Decreto-Lei nº 68/2004, defini o promotor imobiliário como “a pessoa singular ou colectiva, privada ou pública, que, directa ou indirectamente, decide, impulsiona, programa, dirige e financia, com recursos próprios ou alheios, obras de construção ou de reconstrução de prédios urbanos destinados à habitação, para si ou para aquisição sob qualquer título”.

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n.4, jul./dez.1979. p. 23.

¹⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínios e Incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 234-235.

¹⁵⁷ Empresa, nas palavras de J. Pinto Antunes, “é um dos regimes de produzir, onde alguém (empresário), por via contratual, utiliza os fatores da produção sob sua responsabilidade (riscos), a fim de obter uma utilidade, vendê-la no mercado e tirar, da diferença entre o custo da produção e o preço de venda, o maior proveito monetário possível”. ANTUNES, Pinto J., apud GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, jan./jun.1981. p. 40.

¹⁵⁸ A partir da adoção da teoria da empresa pelo direito brasileiro, deve-se substituir a palavra “comerciante”, ligada à teoria dos atos de comércio, por “empresário”, relacionada à teoria da empresa. A teoria da empresa, introduzida no direito brasileiro com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, está prevista a partir do artigo 966, que assim estabelece: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviço. Parágrafo Único – Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

sentido, Pontes de Miranda¹⁵⁹, mesmo antes da vigência da Lei 4.591/64, já refutava a necessidade de exigir a atividade empresarial do incorporador para caracterizar a incorporação.

A organização para a construção de edifícios de apartamentos pode ser com o intuito de lucro ou não. Algumas leis, como a Lei francesa de 28 de junho de 1938, art. 1.º, são explícitas; porém tal explicitude é supérflua. O incorporador pode ser pessoa física, ou sociedade, ou grupo de pessoas físicas unidas por alguma razão de ordem moral, ou Estado mesmo (União, Estado-membro, Município), com o propósito de servir à solução do problema da habitação.

No mesmo sentido, Orlando Gomes¹⁶⁰ afirma que:

“A incorporação de edifício em condomínio não requer, do incorporador, habitualidade¹⁶¹ nem profissionalidade no exercício dessa atividade. Considerada em si é um empreendimento, mas não necessariamente uma empresa; o proprietário de um terreno pode, sem ser empresário de incorporações, incorporar eventualmente um edifício sem que por isso deva ser considerado empresa imobiliária. Claro é que tem essa qualidade a sociedade, ou o indivíduo, que se dedica a essa atividade comercialmente.

(...)

Ainda, que o incorporador não seja comerciante, e não se equipare à pessoa jurídica por injunção legal, a sua atividade, conquanto civil, pode ser definida como empresarial para efeitos fiscais, assimilado, como está, na lei, a uma empresa individual.”

Entretanto, para alguns autores¹⁶², no momento em que qualquer pessoa realiza a atividade de incorporação ela é equiparada ao empresário, pois a complexidade da atividade de incorporação demanda, para a sua execução, a presença dos elementos caracterizadores da atividade empresária (capital, insumos, mão de obra e tecnologia). Nesse sentido, ao organizar o empreendimento e colocar à venda as unidades autônomas, o incorporador, independentemente de ser pessoa física ou jurídica, estaria praticando uma atividade econômica organizada.

Corroborando esse entendimento, Álvaro Luiz Damásio Galhanone¹⁶³ afirma que:

“Efetivamente, à vista de suas próprias características de empreendedor, como elemento de ligação entre todos os interessados na construção do prédio, inesquecível o caráter empresarial do incorporador, seja ele pessoa física ou jurídica. Mais do que isso, visa a lucros com essa atividade, de tal sorte que todo seu esforço é dirigido para a obtenção do resultado econômico.

¹⁵⁹ MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado. Tomo XII. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001. p. 211.

¹⁶⁰ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.461, mar.1974. p. 18.

¹⁶¹ Caio Mário salienta que "na filosofia da Lei 4.591/64, o incorporador não é, necessariamente, um profissional que age com habitualidade (habitualidade aqui está se referindo à construção, que é uma só e não à venda das unidades, que podem ser várias). Desde que uma pessoa, física ou jurídica, realize um empreendimento que consista em dispor de um terreno dividido em frações ideais alienando as unidades em fase de construção vinculadas a frações ideais, sob o regime condominial, ela é um incorporador". PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

¹⁶² CAMBLER, Everaldo Augusto. Incorporação Imobiliária. Ensaio de uma teoria geral. São Paulo: RT, 1993.

¹⁶³ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, jan./jun.1981. p. 43.

(...)

O enquadramento da figura do incorporador como empresa leva à melhor disciplina de uma atividade inquestionavelmente importante. E pouco importa que, ao menos por ora, não exista no Direito Positivo regramento da pessoa física do incorporador como empresa individual (deve-se analisar o que a pessoa física realiza dentro da dinâmica de produção, para que ela possa ser considerada empresa, ainda que individual), nem a possibilidade de que seja como tal registrado. Na verdade, a existência da entidade é o pressuposto, a geratriz dos direitos e obrigações, sendo certo que personificação através de registro é mero ato posterior, de complementação.”

Caio Mário da Silva Pereira¹⁶⁴, com o objetivo de bem delinear juridicamente a figura do incorporador, conclui no mesmo sentido.

“Falham, pois, todos os esforços de enquadramento da incorporação e do incorporador nas linhas contratuais clássicas. Nem por isso o direito é ermo de lugar para situá-lo. E exatamente quando encontramos a praça desejada em que o colocamos, novos horizontes vão se abrir, para definir não apenas a sua atividade, como ainda as suas responsabilidades e seus direitos também. É que o direito moderno criou o conceito novo da *empresa*. E é no campo da empresa que o assentamos. O incorporador é uma empresa ou empresário.”

Caio Mário¹⁶⁵ afirma, ainda, que “toda pessoa, natural ou jurídica, que organiza uma atividade economicamente estável e teoricamente produtiva, tomando a si os riscos respectivos, constitui uma empresa”. Para ele, sendo a “incorporação de um edifício uma atividade empresarial e conceituando o incorporador como empresa, não é o fato de operar com imóvel que lhe tira a capitulação de mercantil”. Inexistindo essa atividade empresarial, afirma que inexistiria a incorporação.

Seguindo esse entendimento, o legislador, no Decreto-Lei nº 1.381/74, equiparou à pessoa jurídica, para fins de cobrança de imposto de renda, a pessoa física que praticar a atividade de incorporação imobiliária.

Depois de conceituar o incorporador, a Lei 4.591/64 ainda estabeleceu, em seu artigo 31, quem pode exercer essa função:

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título, devidamente registrado, que seja irrevogável e irretratável, do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulação impeditiva de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção (artigo 32, a, da Lei nº 4.591/64).

b) o construtor (Decreto número 23.569, de 11-12-33, e 3.995, de 31 de dezembro de 1941, e Decreto-lei número 8.620, de 10 de janeiro de 1946) ou corretor de imóveis (Lei nº 4.116, de 27-8-62).

¹⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 234-235.

¹⁶⁵ Id., *Ibid.*, p. 238.

c) o ente da Federação imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente.

No caso da alínea “b” acima referida, o incorporador será investido, pelo proprietário do terreno, pelo promitente comprador e cessionário deste ou pelo promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, no qual se faça menção expressa da Lei 4.591/64 e se transcreva o disposto no §4º do artigo 35¹⁶⁶, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais do terreno, obrigando-se pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.

No intuito de dirimir as dúvidas sobre quem é juridicamente responsável pela incorporação imobiliária, o artigo 31, §2º da Lei 4.591/64 estabelece que "nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção". No próprio conceito de incorporador estabelecido no artigo 29 da Lei 4.591/64 há referência de que o incorporador será o responsável pela incorporação.

Esses dispositivos legais deixam claro que o responsável pela atividade de incorporação é o incorporador como o gestor do negócio, não importando se engloba todas as atividades ligadas à incorporação ou se é simplesmente o administrador¹⁶⁷. Ao lançá-la, assume uma obrigação perante o adquirente, devendo alcançar o resultado que sua obrigação se propôs, qual seja, o de entregar a unidade autônoma sob o regime da propriedade horizontal ou de criar condições para que a mesma seja construída em perfeitas condições mediante a contraprestação pecuniária.

2.2 O registro e a extinção da incorporação imobiliária

Para o memorial de incorporação imobiliária ter acesso ao fólio real, o incorporador deve apresentar ao Serviço de Registro de Imóveis competente todos os

¹⁶⁶ O artigo 35, §4º da Lei 4.591/64 diz que “Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o §1º do artigo 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no *caput* deste artigo (contrato da fração ideal do terreno e de construção que substituirão os contratos preliminares) nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.”

¹⁶⁷ Conforme lembra A. B. Contrim Neto, “no que diz respeito à construção objeto de incorporação nos moldes da Lei nº 4.591/64, ela “poderá estar incluída no contrato com o incorporador”, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor”. COTRIM NETO, A.B. Incorporação Imobiliária I. Enciclopédia Saraiva Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 343.

documentos previstos no artigo 32 da Lei nº 4.591/64 (elemento formal da incorporação). Os documentos previstos no citado dispositivo legal visam demonstrar aos adquirentes das unidades autônomas em construção ou a serem construídas a estrutura urbanística do empreendimento e a solvabilidade do incorporador.

O efeito publicitário do registro, além de vincular o incorporador, que deverá executar exatamente o que publicizou, possibilita que os interessados em adquirir a coisa futura conheçam todas as características do empreendimento e tenham acesso a uma série de certidões expedidas pelo Poder Público, que demonstram a situação financeira do incorporador.

Dito isso, temos que, para registrar a incorporação, é necessário que o empreendedor (futuro incorporador) requeira ao Oficial do Registro de Imóveis competente o arquivamento dos seguintes documentos¹⁶⁸:

I. O requerimento para registro da incorporação imobiliária, que será apresentado em duas vias, além de ser instruído com os documentos indicados no item “II” abaixo, deve conter: a qualificação completa do incorporador e do proprietário do terreno; a solicitação do registro da incorporação imobiliária; 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.

Quanto ao requerimento, ainda, deve-se observar 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, nesse caso, deverá apresentar o instrumento de mandato referido no art. 31, §1º, c/c art. 32, da Lei 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. As assinaturas deverão ser reconhecidas em Tabelionato;

b) se for pessoa jurídica, o requerimento deverá estar instruído com o Contrato Social (ou cópia reprográfica autenticada) devidamente registrado (Junta Comercial, Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou outro órgão competente) juntamente com certidão

¹⁶⁸ Na elaboração dos requisitos do requerimento de incorporação, foi levado em consideração o disposto nas Leis 4.591/64 e 6.015/73, bem como nas normas da Consolidação Normativa Notarial e Registral da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (provimento 32/06-CGJ/RS) e no Roteiro de Exigências elaborado pelo Sinduscon-RS e homologado pelo Colégio Registral do Rio Grande do Sul.

atualizada dos atos constitutivos, devendo este fato estar devidamente comprovado. Pelo ato constitutivo, se verificará a capacidade dos firmatários do requerimento.

Além desses requisitos, o requerimento de incorporação deverá conter as seguintes declarações:

a) declaração de estar ou não a incorporação subordinada ao prazo de carência (art.32, n, da Lei 4.591/64) e às condições que autorizam o incorporador a desistir do empreendimento. O prazo de carência, que é improrrogável, em hipótese alguma ultrapassará o termo final do prazo de validade do registro da incorporação, que, como será visto a diante, é de 180 dias.

O artigo 34 da Lei 4.591/64 facultou ao incorporador fixar prazo de carência para a efetivação da incorporação. Durante esse prazo, o incorporador tem a possibilidade de desistir da incorporação, denunciando-a, por escrito, ao Registro de Imóveis e comunicando, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição sob pena de responsabilização civil e criminal.

Para que essa opção seja legítima, é necessário que, no momento do registro da incorporação, o incorporador manifeste por escrito que a incorporação possui prazo de carência e quais são as condições que o autorizam a denunciar a incorporação. Caso contrário, a desistência da incorporação constitui inadimplemento contratual, punível. Assim, "uma vez denunciada a incorporação, que tinha a manifestação de prazo de carência, o incorporador tem 30 dias para restituir as importâncias pagas"¹⁶⁹.

Se o incorporador não denunciar a incorporação, o proprietário do terreno, que outorgou procuração ao incorporador, poderá fazê-lo nos cinco (5) dias subsequentes ao termo do prazo de carência, ficando solidariamente responsável com o incorporador pela devolução das quantias pagas, resguardado o direito de regresso contra o incorporador.

Ao possibilitar que o incorporador fixe prazo de carência, o legislador criou uma segunda utilidade à incorporação imobiliária. Além de a incorporação possibilitar a venda das unidades autônomas antes delas estarem prontas, com a fixação do prazo de carência, o incorporador poderá utilizar a incorporação para testar a receptividade do mercado ao produto que pretende comercializar.

Se, após colocar as unidades a venda, o volume comercializado for inferior ao necessário para que o empreendimento seja exitoso, o incorporador, que subordinou a

¹⁶⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n.4, jul./dez.1979. p. 25.

incorporação ao prazo de carência, poderá desistir de executar a obra, devolvendo os valores até então pagos pelos adquirentes, mas sem a necessidade de indenizá-los pela não realização do empreendimento.

b) declaração que fixe o regime de construção:

A construção poderá ser contratada sob o regime de empreitada (preço fechado) ou de administração (preço de custo) e poderá estar incluída no contrato com o incorporador ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor. O mais comum é que as unidades imobiliárias sejam contratadas por preço global, compreendendo quota de terreno e construção, hipótese em que é obrigatória a discriminação, tanto no contrato, quanto no requerimento de incorporação, do preço da quota de terreno e o da construção.

A construção por empreitada poderá ser a preço fixo ou a preço reajustável por índices previamente determinados. Na empreitada por preço fixo, o preço da construção será irreajustável, independentemente das variações que sofrer o custo efetivo das obras e quaisquer que sejam suas causas. Na empreitada a preço reajustável, o preço fixado no contrato será reajustado na forma e nas épocas nele expressamente previstas em função da variação dos índices adotados no contrato. Nesse regime construtivo, deverá estar discriminado explicitamente no requerimento e na publicidade da incorporação o preço da construção, com indicação expressa da reajustabilidade.

Na construção por administração, o incorporador oferece a unidade com a estimativa de seu custo, obrigando-se o adquirente a cobrir os gastos na medida em que se fizerem necessários, mediante a atualização quantitativa e monetária periódica das prestações, o que aproxima o preço em relação ao custo real, motivo pelo qual a incorporação por administração também é chamada de incorporação a preço de custo. Assim, os adquirentes assumem a responsabilidade pelo pagamento do custo integral da obra, nos termos do artigo 58 da Lei 4.591/64, ainda que o contrato traga a estimativa do preço, que será meramente informativa¹⁷⁰.

Na construção por administração, deverá constar do requerimento de incorporação o montante do orçamento do custo da obra, bem como, em toda publicidade destinada à comercialização da incorporação, serão discriminados explicitamente o preço da fração

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 461, mar.1974.

ideal de terreno e o montante do orçamento atualizado do custo da construção, com indicação do mês a que se refere dito orçamento¹⁷¹.

Tanto na incorporação em que o regime de construção é por empreitada quanto no preço de custo, os adquirentes das futuras unidades autónomas reunir-se-ão em assembleia que terá como principal objetivo a eleição de uma Comissão de Representantes, caso esta não tenha sido designada no contrato de construção. A ata da assembleia que eleger a Comissão de Representantes será registrada no Cartório de Títulos e Documentos, investindo seu membros, principalmente, na tarefa de fiscalizar o bom andamento da incorporação.

c) declaração exigindo ou não a abertura de matrículas das unidades autónomas:

O incorporador deverá declarar no requerimento de incorporação se deseja ou não abrir, de imediato, as matrículas das unidades autónomas. Se a opção for por abrir as matrículas individuais, o registrador cobrará os emolumentos referentes ao registro da incorporação e os relativos à abertura de matrícula, descabendo cogitar de cobrar a título de individualização.

A abertura de matrícula no momento da incorporação não é aconselhável, pois cria a ilusão no adquirente da unidade autónoma de estar comprando um imóvel já concluído, tendo em vista que terá seu contrato registrado em uma matrícula individual na qual a indicação de que ela corresponde a uma unidade autónoma a ser construída fica praticamente imperceptível ao leigo adquirente. Além disso, o custo da retificação, quando há alteração de projeto, na incorporação com matrículas abertas é muito elevado, pois seria necessário retificar todas as matrículas já abertas.

II – Os documentos que devem instruir o requerimento de incorporação são os seguintes:

1- Título de Propriedade do Terreno. Trata-se da certidão do registro do título que deu origem à propriedade, instruída com o próprio título, que poderá ser: a escritura pública (compra e venda, doação, dação em pagamento, permuta, partilha, *etc.*), o título judicial

¹⁷¹ Ao tratar dos regimes de construção no final dos anos setenta, quando a inflação no Brasil alcançava índices assustadores, Caio Mário da Silva Pereira afirmou que: Contudo, há que se ponderar que, à vista da inflação sempre crescente e ainda não controlada neste País, na contratação a preço fixo a construtora levará em conta a alteração dos preços durante a produção da obra, de tal sorte que o valor unitário a ser determinado poderá ser até mesmo superior aos valores de mercado. Por conseguinte, muito mais ponderada a solução esposada pelo legislador, possibilitando ou a adoção do preço de custo, pura e simples, ou o reajuste dos valores da empreitada, com índices de antemão estabelecidos. É óbvio que estas duas outras soluções distribuem de forma bem mais equitativa o risco pelos dois contratantes. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n.4, jul./dez.1979. p. 26.

(forma de partilha, mandado de registro de usucapião, carta de arrematação, *etc.*) ou o instrumento particular (contrato de promessa de compra e venda, *etc.*);

2- Certidões Negativas referentes ao imóvel, ao proprietário do terreno e ao incorporador:

2.1. Da esfera federal (art. 32, b, da Lei 4.591/64):

a) De Tributos Federais administrados pela Receita Federal e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

b) Da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional;

c) De Regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;

d) Relativa à Justiça do Trabalho;

e) Da Justiça Federal (cível e criminal, inclusive de pessoa jurídica). No caso de pessoa jurídica, deverão ser apresentadas, também, as certidões negativas criminais em nome dos sócios.

2.2. Da esfera estadual (art. 32, b, da Lei 4.591/64):

a) Da Fazenda Estadual (Exatoria);

b) Da Justiça Comum Estadual (cível, inclusive justiças especializadas, e criminal, inclusive de pessoa jurídica). No caso de pessoa jurídica, deverão ser apresentadas, também, as certidões negativas criminais em nome dos sócios;

2.3. Da esfera municipal (art. 32, b, da Lei 4.591/64):

a) Relativa ao Imóvel;

b) Relativa a Tributos Diversos.

2.4. Do Instituto Nacional do Seguro Social (art. 32, f, da Lei 4.591/64), sempre que o proprietário do terreno e o incorporador forem responsáveis pela arrecadação das respectivas contribuições e se forem pessoa jurídica ou equiparada.

2.5. Do Serviço de Registro de Imóveis (art. 32, b e c, da Lei 4.591/64):

a) Negativa de Ônus e Ações;

b) Integrantes do Histórico Vintenário.

2.6. Certidão do Tabelionato de Protesto de Títulos (art. 32, B, da Lei 4.591/64).

3. Histórico Vintenário dos títulos de propriedade do imóvel (art. 32, c, da Lei 4.591/64) abrangendo os últimos vinte (20) anos, acompanhado de certidões integrais dos respectivos registros.

4. Projeto Arquitetônico de Construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes e assinado por profissional responsável juntamente com o proprietário. Alternativamente, poderá ser apresentada cópia do projeto aprovado, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra, acompanhada de cópia autenticada em tabelionato da licença de construção expedida pelo órgão competente (artigo 32, §10, da Lei 4.591/64);

5. Cópia autenticada do ato de aprovação fornecido pelo órgão ambiental competente (licença de instalação).

6. Planilha de áreas e custos (quadros I a VIII da NBR 12.721), devidamente firmada por profissional habilitado, contendo o seguinte:

6.1. Cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns e indicando, para cada tipo de unidade, respectiva metragem de área construída (art. 32, e, da Lei 4.591/64);

6.2. Memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do artigo 53, da Lei 4.591/64. Esse documento descreve todo o edifício, inclusive a área do terreno, subsolo, térreo, estacionamentos, pavimentos, fundações, tipo de material, acabamentos, acessos, *etc.* (art. 32, g, da Lei 4.591/64);

6.3. Avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do artigo 53, da Lei 4.591/64, com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra (art. 32, h, da Lei 4.591/64).

Segundo o artigo 53 da Lei 4.591/64, coube à Associação Brasileira de Normas Técnicas, através da Norma Brasileira (NBR) nº 12.721, elaborar regras que tornassem possíveis o cumprimento das exigências mencionadas nesse item.

7. Discriminação das Frações Ideais de Terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão e respectivo custo da fração ideal por unidade autônoma (art. 32, i, da Lei 4.591/64);

8. Minuta da Futura Convenção de Condomínio (art. 9º, da Lei 4.591/64 e 1.333 e seguintes do Código Civil Brasileiro) que regerá a edificação ou o conjunto de edificações, contendo a individualização das unidades e a caracterização das áreas de uso comum, além das normas gerais do condomínio (art. 32, j, Lei 4.591/64).

9. Declaração em que se defina a parcela do preçode que trata o artigo 39, II, da Lei do Condomínio e Incorporação (art.32, I, da Lei 4.591/64). Ou seja, nas incorporações em que a aquisição do terreno se der com pagamento total ou parcial em unidades a serem construídas no local, deverá ser discriminada a quota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno que corresponderá a cada uma das unidades, a qual deverá ser expressa em metros quadrados.

10. Certidão de Instrumento Público de Mandato,quando o incorporador não for o proprietário (art. 31, §1º, c/c art. 32, m, da Lei 4.591/64).

11. Atestado de Idoneidade Financeira fornecido por estabelecimento de crédito que opere no país, há mais de cinco (5) anos, dizendo que o incorporador possui idoneidade (art 32, o, da Lei 4.591/64).

12. Declaração,acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos, mencionando se as vagas de estacionamento, garagens ou boxes, estão ou não vinculados aos apartamentos (art. 32, p, da Lei 4.591/64).

13. Anotação de Responsabilidade Técnica – ART,emitido pelos profissionais de engenharia e arquitetura que prestaram serviço ao incorporador.

14. Contrato-padrão, que ficará arquivado na Serventia Registral, conforme determina o artigo 67, §§ 3º e 4º, da Lei 4.591/64(item opcional).

Por fim,cabe observar que:

a) Os documentos serão apresentados em duas (2) vias com as firmas de seus subscritores reconhecidas nos documentos de ordem particular, exceção feita aos públicos;

b) A apresentação dos documentos far-se-á à vista dos originais, admitindo-se cópias reprográficas autenticadas;

c)As certidões da Justiça Federal, da Justiça Estadual, da Justiça do Trabalho e do Tabelionato de Protesto de Títulos deverão ser extraídas no domicílio do proprietário e do incorporador, bem como na circunscrição onde se localiza o imóvel incorporado;

d) As certidões judiciais que forem positivas devem ser acompanhadas das certidões narratórias dos processos;

e) As certidões forenses abrangerão dez (10) anos e as de protestos de títulos, cinco (5) anos;

f) Será de noventa (90) dias o prazo de validade das certidões salvo se outro prazo constar expressamente do documento, segundo norma adotada pelo órgão expedidor, exceto as fiscais, que serão por exercício.

Uma vez protocolado o requerimento, com todos os documentos acima descritos no Registro de Imóveis competente, o registrador terá o prazo de quinze (15) dias para apresentar, por escrito, todas as exigências que julgar necessárias ao arquivamento da documentação apresentada.

Quanto à qualificação da incorporação imobiliária, Lysipo Garcia¹⁷² afirma que “a função do registrador não é simplesmente material, precisamente porque sua responsabilidade é grande, cabendo-lhe averiguar minuciosamente as solenidades externas e internas dos documentos que lhe são apresentados, de modo a evitar prejuízo a terceiros”.

Satisfeitas as exigências, que podem ocorrer até antes do término da validade do protocolo¹⁷³, o registrador terá quinze (15) dias para fornecer certidão, relativa à documentação apresentada, e devolver, autenticadas, as segundas vias da mencionada documentação, com exceção dos documentos públicos.

Importante deixar claro que os quinze (15) dias finais são para fornecer certidão e devolver, autenticadas, as segundas vias da documentação apresentada e não para efetuar o competente registro, que, segundo o disposto no artigo 188 da Lei 6.015/73, deverá ser feito em trinta (30) dias a contar da protocolização do requerimento de incorporação. O registro da incorporação constará na matrícula do terreno onde será construído o edifício.

A existência de ônus fiscais ou reais, salvo os impeditivos de alienação, não impede o registro (artigo 32, §5º, da Lei 4.591/64). Entretanto, serão feitas as devidas ressalvas à margem do respectivo registro, mencionando-se, em todos os documentos extraídos do mesmo¹⁷⁴, a existência e a extensão dos ônus.

J. Nascimento Franco¹⁷⁵ entende que “é razoável, senão perfeitamente legítima, a recusa de registro de incorporação quando contra o incorporador e, principalmente, contra o dono do terreno existirem protestos e ações em grande número, porque, em princípio, é

¹⁷² GARCIA, Lysipo, apud, FRANCO, J. Nascimento. Incorporação Imobiliária (Contribuição do oficial do Registro). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 358.

¹⁷³ Segundo a exegese do artigo 188 da Lei 6.015/73, a validade do protocolo será de trinta (30) dias a contar da apresentação do requerimento no Serviço de Registro de Imóveis.

¹⁷⁴ O artigo 32 §5º da Lei 4.591/64 diz que “O Registro de Imóveis dará certidão ou fornecerá, a quem o solicitar, cópia dos documentos arquivados por ocasião do registro da incorporação.”

¹⁷⁵ FRANCO, J. Nascimento. Incorporação Imobiliária (Contribuição do oficial do Registro). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 359.

duvidosa a alienação do imóvel por parte de quem tiver seu patrimônio potencialmente comprometido por débitos numerosos”.

Após o exame do requerimento e da documentação mencionada e sendo a qualificação registral positiva, o Oficial do Registro de Imóveis arquivará os documentos, fazendo, dentro do prazo, o competente registro que conterà, pelo menos:

- a) nome e qualificação do incorporador, com indicação de seu título, se não for proprietário;
- b) denominação do edifício, quando houver;
- c) descrição das unidades autónomas, com suas localizações, áreas reais, privativas e totais, e frações ideais;
- d) definição sobre o prazo de carência e, quando fixado, seu prazo e as condições que autorizam o incorporador a desistir do empreendimento;
- e) regime de incorporação;
- f) custo global da construção e custo de cada unidade autónoma;
- g) preço das frações ideais do terreno;
- h) circunstância de terem sido abertas matrículas das unidades autónomas a requerimento do incorporador.

O registro da incorporação será válido pelo prazo de cento e oitenta (180) dias. Nesse período, o incorporador está autorizado a comercializar as futuras unidades autónomas. Se, entretanto, em cento e oitenta (180) dias, não for registrado nenhum contrato de venda, para que as unidades autónomas voltem a ser negociadas, o incorporador, se a incorporação não houver se concretizado, deverá requerer ao Serviço de Registro de Imóveis a averbação da revalidação do registro da incorporação, através da atualização da documentação de que trata o artigo 32 da Lei 4.591/64. O registro só pode ser revalidado uma única vez e pelo mesmo prazo de 180 dias.

Questão interessante diz respeito à identificação dos requisitos necessários para a concretização¹⁷⁶ da incorporação, que autorizaria o incorporador a seguir comercializando as unidades autónomas, mesmo com a expiração do prazo de validade do registro da incorporação.

Para que a incorporação se concretize, entende-se que é necessário o registro de, pelo menos, um contrato de comercialização de futura unidade autónoma. Contudo, se o

¹⁷⁶ O verbo ‘concretizar’ está no artigo 33 da Lei 4.591/64.

incorporador subordinou a incorporação ao prazo de carência, a concretização da incorporação dependerá do implemento das condições definidas pelo incorporador que o autorizariam a desistir do empreendimento.

Assim, se o incorporador subordinou a incorporação ao prazo de carência e estabeleceu como condição para a desistência a não comercialização de 50% das unidades autónomas, a incorporação só poderá ser considerada concretizada se 50% das unidades forem comercializadas.

Oliveira Ascensão¹⁷⁷ destaca que “a concretização da incorporação a que se refere o art. 33 dá-se quando se celebrar o contrato de construção. Até aí há um projeto, que pode ainda se abandonado. A partir daí há uma vinculação jurídica, que leva à realização da função da incorporação”.

Entende-se, ainda, que a incorporação poderá ser considerada concretizada se a obra estiver em avançado estágio de conclusão. Para o implemento dessa condição, exige-se declaração do incorporador e do profissional habilitado que estiver executando a obra.

Em que pese tenha se destacado a possibilidade de concretização da atividade de incorporação com base no estágio de construção da obra, considerando que o escopo da incorporação é a comercialização das futuras unidades, a concretização ocorre, em regra, com a comercialização das unidades.

Assim, pode-se dizer que a incorporação se concretiza através do registro de, pelo menos, dois instrumentos. O primeiro é o registro da incorporação, através do arquivamento no Serviço de Registro de Imóveis competente dos documentos elencados no artigo 32 da Lei 4.591/64. O segundo instrumento é o registro do contrato, ou dos contratos, de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidade autónoma.

Tais contratos, se forem pactuados com cláusula de irretratabilidade, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiro, atribuindo direito à adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder (como será visto no item 2.4), inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.

Referidos contratos poderão consignar exclusivamente as cláusulas, termos ou condições variáveis ou específicas, pois as cláusulas gerais e comuns a todos os adquirentes constam do contrato-padrão arquivado no Registro de Imóveis por ocasião do

¹⁷⁷ ASCENSÃO, Maria Teresa Pereira de Castro e ASCENSÃO, José de Oliveira. Condomínio (Instituição, incorporação e convenção). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 415.

registro da incorporação. Caso o incorporador tenha optado por não arquivar contrato padrão, recomenda-se¹⁷⁸ que os contratos de vendas contenham, além das parcelas relativas ao preço, o seguinte:

a) a obrigação de as partes firmarem escritura definitiva de transmissão da unidade autônoma;

b) a obrigação de o incorporador promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas, estabelecendo o plano da obra e, eventualmente, as condições da construção, recebendo em contrapartida os valores relativos ao preço ajustado;

c) a obrigação de incorporador entregar aos adquirentes, devidamente averbadas, as unidades que adquiriram;

d) o número de inscrição da incorporação no registro de imóveis;

e) a existência ou não de ônus real ou fiscal, ou qualquer ação contra os alienantes que possa comprometer o imóvel, assim como a indicação de sua natureza;

f) a circunstância de a incorporação estar ou não subordinada ao prazo de carência;

g) a referência à circunstância de o imóvel estar vazio ou não, esclarecendo-se o título da ocupação e as condições em que ela pode cessar;

h) nas incorporações em que a aquisição do terreno se der com pagamento total ou parcial em unidades a serem construídas no local, deverá ser discriminada a parte que, se houver, será paga em dinheiro e a quota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno que corresponderá a cada uma das unidades, a qual deverá ser expressa em metros quadrados;

i) o prazo de entrega das obras e as condições e formas de eventual prorrogação;

j) o regime construtivo da incorporação;

k) a menção dos responsáveis pelo pagamento da construção de cada unidade;

l) a designação da Comissão de Representantes, bem como a declaração dos poderes a ela outorgados.

m) que o contrato seja acompanhado do projeto arquitetônico e do memorial descritivo da incorporação.

Nas incorporações em que regime de construção for o da empreitada (preço fechado), o contrato deverá conter, ainda:

¹⁷⁸ FRANCO, J. Nascimento; Incorporação Imobiliária – II. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 354.

a) a quem cabem as despesas com as ligações do edifício à rede de serviços públicos, bem como as despesas indispensáveis à instalação, funcionamento e regulamentação do condomínio, inclusive nos casos de serviços públicos concedidos;

b) se se tratar de preço reajustável, a forma e as épocas dos reajustes, em função da variação dos índices adotados, também previstos obrigatoriamente no contrato;

c) o montante do orçamento atualizado da obra, calculado de acordo com as normas do inciso III, do artigo 43, da Lei 4.591/64.

Por sua vez, nas incorporações em que regime de construção for o da administração (preço de custo), o contrato deverá conter, ainda:

a) a indicação do banco que receberá as contribuições dos condôminos, em conta aberta em nome do condomínio, bem como a forma de movimentação dessa conta;

b) a quem cabem as despesas com as ligações do edifício à rede de serviços públicos, bem como as despesas indispensáveis à instalação, funcionamento e regulamentação do condomínio, inclusive nos casos de serviços públicos concedidos;

c) a indicação do montante do orçamento do custo da obra, elaborado na forma do inciso II, do artigo 53, da Lei 4.591/64, observando-se as disposições dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 59, da mesma lei, nos casos de contratos celebrados após o início das obras;

d) a data em que se iniciará a obra;

e) a forma pela qual a comissão de representantes exercerá suas atribuições;

f) a indicação explícita do preço da fração ideal do terreno e do montante do orçamento atualizado do custo de construção.

O resultado final do contrato de incorporação não se dá no momento da conclusão da edificação ou conjunto de edificações, mas sim com a averbação das mesmas e a individualização das unidades autónomas. Apenas com a instituição da propriedade horizontal é que a incorporação atingirá o seu objetivo extinguindo-se naturalmente¹⁷⁹.

Os documentos que devem instruir o requerimento de instituição da propriedade horizontal, quando há o prévio registro da incorporação, são os seguintes:

¹⁷⁹ A responsabilidade de fazer o pedido de averbação é do incorporador e, na falta deste, do construtor. Entretanto, na omissão de ambos, a providência poderá ser requerida por qualquer adquirente, independentemente das perdas e danos que poderão ser imputadas ao incorporador e ao construtor por sua omissão. Artigo 44 da Lei 4.591/64. SCHMIDT, Francisco Arnaldo. Incorporação Imobiliária. Porto Alegre: Secovi/RS, 1995.

a) o memorial descritivo com as especificações da obra e individualização das unidades autônomas.

Caso não tenha havido alteração nas especificações da obra e na individualização das unidades autônomas, constantes no memorial de incorporação, o memorial descritivo da instituição de condomínio poderá ser substituído por declaração firmada conjuntamente pelo incorporador, o construtor e o profissional responsável pela obra, confirmando, sob as penas da lei, a manutenção de todas as especificações já registradas.

b) a carta de habitação fornecida pela Prefeitura Municipal;

c) a certidão negativa de débitos expedida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social relativa à obra realizada;

d) a Anotação de Responsabilidade Técnica relativa à execução da obra expedida pelo Conselho Profissional competente;

e) certidão negativa de débitos expedida pela Receita Federal.

Além da forma regular de extinção da incorporação, é possível identificar alguns casos de extinção anômala:

a) a incorporação pode se extinguir antes de se concretizar, na forma prevista no artigo 33 da lei 4.591/64, quando, findos os cento e oitenta (180) dias da validade do registro, o incorporador não tiver vendido as unidades, nem tiver atualizado os documentos junto ao respectivo Registro de imóveis;

b) quando o incorporador, dentro do prazo de carência, desistir da incorporação, denunciando-a por escrito ao Registro de Imóveis e comunicando-a, também, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal.

c) assim como a Lei 4.591/64 “confere ao incorporador a faculdade de desistir da incorporação no prazo de carência, concede, igualmente, aos adquirentes o poder de destituição do incorporador. A destituição, posto seja uma penalidade ao incorporador relapso, que sem justa causa paralisa as obras, ou lhes retarda excessivamente o andamento, é, também, uma causa extintiva do contrato de incorporação. Extinção punitiva, sujeitando o incorporador à responsabilidade civil e criminal, libera os

adquirentes, que poderão prosseguir na obra, ou tomar as medidas que melhor entenderem"¹⁸⁰.

d) extingue-se o contrato de incorporação com a falência do incorporador, quando os adquirentes poderão prosseguir na construção, ou, não sendo possível esta opção, os adquirentes serão credores privilegiados pelas quantias pagas ao incorporador, que poderá, inclusive, responder pela restituição subsidiariamente com seus bens pessoais.

Além desses casos de extinção do contrato de incorporação, que diríamos especiais, porque fundados na Lei 4.591/64, “não se consideram afastadas a rescisão bilateral resultante de acordo, nem a resolução judicial, com fulcro no direito comum, mediante ação de iniciativa do incorporador ou de adquirente"¹⁸¹.

Realizado o registro da incorporação e dos contratos de comercialização das futuras unidades autónomas, estará concretizada a atividade de incorporação, obrigando o incorporador a promover a atividade de produção e realização de construção de edificações ou conjunto de edificações com unidades autónomas sob regime condominial, cuja finalidade é a alienação parcial ou total das unidades autónomas e frações ideais sobre o terreno aos futuros adquirentes, que são chamados ao empreendimento antes da edificação pronta para participação econômica na construção pretendida.

Pelo exposto, verifica-se que, em relação ao sistema do registro provisório da propriedade horizontal previsto no direito português ou mesmo se comparado à ficha técnica da habitação¹⁸², prevista no Decreto-Lei nº 68/2004, o ato jurídico da incorporação imobiliária apresenta vantagens, tanto para os adquirentes quanto para o empreendedor.

¹⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n.4. jul./dez.1979. p. 24.

¹⁸¹ Id., Ibid.

¹⁸² O Artigo 7.º, do Decreto-Lei nº 68/2004, prevê os elementos que devem constar na ficha técnica da habitação:

“1 - A ficha técnica da habitação deve conter informação sobre os principais profissionais envolvidos no projecto, construção, reconstrução, ampliação ou alteração, bem como na aquisição da habitação, e ainda sobre o loteamento, o prédio urbano e a fracção autónoma ou a habitação unifamiliar.

2 - A informação sobre os profissionais envolvidos deve incluir:a) Identificação do construtor, contendo os dados de inscrição no Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI);b) Identificação dos autores dos projectos de arquitectura e de estruturas, contendo os números de registo como membros das respectivas ordens profissionais;c) Identificação do técnico responsável da obra, com identificação do número de registo na respectiva ordem, ou na associação profissional, se for o caso;d) Identificação do promotor imobiliário.

3 - A informação sobre o loteamento deve incluir:a) Número total de edifícios;b) Número total de fogos;c) Número total de lugares de estacionamento;d) Número e tipo de equipamentos colectivos existentes e ou previstos;e) Identificação das entidades incumbidas da promoção, da gestão e da manutenção dos equipamentos referidos na alínea anterior;f) Planta de síntese do loteamento, com o conteúdo previsto na legislação em vigor, nomeadamente na Portaria n.º 1110/2001, de 19 de Setembro.

4 - A informação sobre o prédio urbano deve incluir:a) Identificação do prédio urbano, com indicação da sua localização, do número de inscrição na matriz predial e do número e data da licença de utilização;b) Descrição do prédio urbano, com indicação do número de pisos acima do solo, do número total de fogos, do número de ascensores, da existência de outro tipo de utilização que não a habitacional e respectiva localização, do número de lugares de estacionamento reservado aos moradores do prédio, das condições de acesso a pessoas com mobilidade condicionada e da existência de sala de reuniões de condóminos e de casa do porteiro;c) Caracterização das soluções construtivas dos principais elementos de construção do prédio, nomeadamente das fundações e da estrutura, das paredes exteriores e da cobertura;d) Descrição dos principais materiais e produtos de construção utilizados nos espaços comuns do edifício, especialmente daqueles que estejam em contacto directo com os moradores, e lista dos respectivos fabricantes, contendo contactos e moradas;e) Descrição dos sistemas de controlo e gestão do prédio, nomeadamente no que se refere à segurança contra intrusão, à segurança contra incêndio, à gestão energética e à gestão ambiental;f) Localização dos equipamentos ruidosos, tais como ascensores, grupos geradores e grupos hidropressores;g) Localização de equipamentos facultativos de condições de acesso ao prédio de pessoas com deficiência, nomeadamente motora, visual ou auditiva;h) Planta simplificada do piso de entrada no edifício, com indicação da orientação, e a localização das portas exteriores, circulações horizontais, escadas e ascensores.

5 - A informação sobre a fracção autónoma deve incluir:a) Identificação da fracção autónoma, com indicação da sua localização e do número e data da licença de utilização;b) Descrição da habitação, nomeadamente do fogo e das dependências do fogo, com indicação da área bruta da habitação, da área bruta do fogo, da área útil do fogo, da área útil de cada compartimento e da área útil de cada dependência do fogo;c) Caracterização das soluções construtivas dos principais elementos de construção, nomeadamente das paredes exteriores e interiores, dos pavimentos e escadas, dos tectos e coberturas, das portas exteriores e interiores, da caixilharia exterior e dos sistemas de protecção solar dos vãos;d) Descrição dos principais materiais e produtos de construção, especialmente daqueles que estejam em contacto directo com os moradores, e lista dos respectivos fabricantes, contendo os seus contactos e moradas;e) Caracterização das instalações na habitação, nomeadamente de distribuição de água, de drenagem de águas residuais domésticas, de drenagem de águas pluviais, de distribuição de gás, de distribuição de energia eléctrica, de climatização e aquecimento, de ventilação e evacuação de fumos e gases e de comunicações telefónicas e telecomunicações;f) Descrição dos equipamentos incorporados na habitação, nomeadamente dos da cozinha e das instalações sanitárias, e lista dos respectivos fabricantes, contendo os seus contactos e moradas;g) Planta simplificada do piso de acesso ao fogo, com destaque para a localização do fogo e dos espaços comuns, e com indicação da localização de extintores portáteis e das saídas de emergência em caso de incêndio;h) Plantas simplificadas da habitação, incluindo planta do fogo com identificação de todos os compartimentos e a localização dos equipamentos incorporados, fixos ou móveis;i) Plantas simplificadas das redes existentes na habitação, nomeadamente das redes de distribuição de água, de drenagem de águas residuais domésticas, de distribuição de energia eléctrica, de distribuição de gás, de climatização e aquecimento e de comunicações e entretenimento.

6 - A ficha técnica da habitação deve ainda conter informação sobre:a) Garantia da habitação, bem como o seu modo de accionamento em caso de detecção de defeitos;b) Regras de funcionamento do condomínio, caso existam, e contratos de prestação de serviços que tenham sido celebrados;c) Regras de manutenção dos equipamentos instalados que requerem tratamento especial.

7 - A informação sobre as soluções construtivas a que se referem as alíneas c) dos n.os 4 e 5 deve incidir fundamentalmente sobre os aspectos determinantes para a segurança, a saúde e o conforto dos utentes da habitação.

8 - Os elementos gráficos a que se referem as alíneas f) do n.º 3, h) do n.º 4 e g), h) e i) do n.º 5 devem constituir anexos à ficha técnica da habitação, devidamente numerados.

9 - A informação sobre os principais materiais e produtos de construção utilizados na habitação, a que se refere a alínea d) do n.º 5 do presente artigo, deve descrever, em particular:a) O material utilizado nas paredes com especificação da existência ou não de parede dupla e respectivos revestimentos;b) O tipo de protecção contra ruído e variações térmicas;c) O tipo de cobertura e de pavimento;d) O tipo de material de impermeabilização, caso exista;e) O tipo de material das canalizações e eficiência que os mesmos oferecem;f) O material empregue na caixilharia e nos estores;g) O tipo de porta de entrada.

10 - A informação prevista nas alíneas d) do n.º 4 e d) e f) do n.º 5 na parte em que contém referência a elementos nominativos que não sejam públicos apenas deve ser facultada ao proprietário do imóvel.”

Com o registro da incorporação, os adquirentes das futuras unidades têm mais segurança na aquisição, pois terão a possibilidade de conhecer a estrutura urbanística do empreendimento e a solvabilidade do incorporador.

Visando a proteção dos adquirentes das unidades futuras, o legislador brasileiro estabeleceu sanções ao incorporado, a partir do artigo 63 da Lei 4.591¹⁸³. Dentre os crimes e contravenções tipificadas na lei, merecem destaque (a) a previsão de crime contra a economia popular, punível com reclusão de 1 a 4 anos, a afirmação falsa, em documento de venda das unidades, sobre a instituição da propriedade horizontal resultante da incorporação; e (b) a previsão de contravenção contra a economia popular, punível com multa de cinco a vinte vezes o maior salário mínimo vigente no país, negociar a transmissão de unidades autônomas sem o registro da incorporação imobiliária ou paralisar a obra por mais de 30 dias.

O empreendedor, por sua vez, ao registrar a incorporação, poderá subordiná-la ao prazo de carência, reservando-se o direito de desistir do negócio, sem a necessidade de indenizar os adquirentes, caso identifique que empreendimento não será exitoso.

Outra vantagem da incorporação imobiliária, em relação ao sistema do registro provisório da propriedade horizontal é a faculdade de o empreendedor subordinar a incorporação ao regime do patrimônio de afetação, que será objeto de estudo no item 2.3.

2.3 O patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias

Como foi visto no subcapítulo anterior, ao regulamentar a atividade de incorporação imobiliária, o legislador preocupou-se em proteger os adquirentes das unidades autônomas em construção ou a serem construídas, exigindo do empreendedor, antes de iniciar a comercialização, o registro da incorporação (pré-instituição do condomínio) com a demonstração da sua solvabilidade. Além disso, obrigou o incorporador a prestar contas semestrais, sobre o estágio da obra, à Comissão de Representantes formada pelos adquirentes das futuras unidades.

Contudo, com o passar dos anos e com o crescimento do mercado da construção civil, tais mecanismos de controle da incorporação mostraram-se insuficientes para

¹⁸³ O artigo 13º, do Decreto-Lei nº 68/2004, também prevê sanções aos promotores que descumprirem as regras previstas no Decreto-Lei.

proteger os adquirentes das unidades autónomas quando ocorre a falência ou insolvência do incorporador.

Ciente da importância da indústria da construção civil para o crescimento económico do país e identificando na atividade de incorporação imobiliária uma importante ferramenta de impulsionamento desse setor, o legislador, após alguns projetos de lei¹⁸⁴ e a edição da Medida Provisória nº 2.221/2001, aprovou a Lei 10.931/2004, que criou o Património de Afetação nas Incorporações Imobiliárias e o Regime Especial Tributário do Património de Afetação.

Assim, como os institutos criados pela nova Lei estão diretamente relacionados com a atividade de incorporação imobiliária, este subcapítulo será dedicado ao estudo do Património de Afetação. Primeiramente, serão apresentadas as características gerais do Património de Afetação, fazendo, em um segundo momento, algumas ponderações sobre o referido Património e a Falência/Insolvência do Incorporador. Por derradeiro, será abordado o Regime Especial Tributário do Património de Afetação.

2.3.1 Conceito

Com o objetivo de resgatar a credibilidade da atividade de incorporação imobiliária, abalada pela falência/insolvência de algumas incorporadoras ocorrida no Brasil na década de 90, o legislador facultou aos incorporadores a possibilidade de submeter seus empreendimentos ao regime de afetação.

Optando pela constituição desse regime, o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados¹⁸⁵, manter-se-ão apartados do património do incorporador e constituirão património de afetação, destinado ao pagamento das despesas inerentes à incorporação ou reembolso do preço de aquisição do terreno, propiciando a consecução do empreendimento correspondente e a entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

Não integrarão, todavia, o património de afetação, os recursos financeiros que excederem as importâncias necessárias à conclusão da obra bem como os valores referentes ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida.

¹⁸⁴ Projeto 2.109/1999, Projeto 3.445/2000 e Projeto 3.751/2000.

¹⁸⁵ O produto da cessão plena ou fiduciária de direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades imobiliárias componentes da incorporação também passarão a integrar o património de afetação.

O património de afetação possui as seguintes características:

a) é opcional e a opção por este regime não implica na obrigatoriedade de optar pelo regime especial de tributação (que será tratado abaixo).

b) constitui-se mediante averbação, a qualquer tempo¹⁸⁶, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno¹⁸⁷.

A existência de ónus reais sobre o terreno, que tenham sido constituídos para a garantia do pagamento do preço de sua aquisição (registro de uma hipoteca, por exemplo) ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento (registro de uma incorporação imobiliária sem prazo de carência, por exemplo), não obstam a averbação do termo de constituição¹⁸⁸;

c) não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do património geral do incorporador ou de outros patrimónios de afetação por ele constituídos;

d) só responde por dívidas e obrigações vinculadas à respectiva incorporação;

e) os bens e direitos integrantes do património de afetação somente poderão ser objeto de garantia real em operações de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

Quando existirem conjuntos de edificações, ou seja, condomínio de casas (artigo 8º, alínea “a” da Lei 4.591/64) ou condomínios constituídos por edifícios de dois ou mais pavimentos (artigo 8º, alínea “b” da Lei 4.591/64), poderão ser constituídos patrimónios de afetação separados, desde que tal possibilidade esteja declarada no memorial de incorporação do empreendimento. No entanto, para a constituição de um único património de afetação, esse requisito não é necessário.

Nas incorporações objeto de financiamento, a comercialização das unidades deverá contar com a anuência da instituição financiadora ou deverá ser ela cientificada,

¹⁸⁶ Sobre a possibilidade de averbar o património de afetação antes do registro da incorporação imobiliária, o Conselho da Justiça Federal, na IV Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado nº 324 com o seguinte teor: É possível a averbação do termo de afetação de incorporação imobiliária (Lei n. 4.591/64, art. 31b) a qualquer tempo, na matrícula do terreno, mesmo antes do registro do respectivo Memorial de Incorporação no Registro de Imóveis.

¹⁸⁷ Identificando que adoção pelo regime de afetação é benéfica aos adquirentes das unidades autónomas. O Conselho da Justiça Federal, na IV Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado nº 323 com o seguinte teor: É dispensável a anuência dos adquirentes de unidades imobiliárias no “termo de afetação” da incorporação imobiliária.

¹⁸⁸ Isso corrobora o entendimento de que o património de afetação pode ser constituído a qualquer tempo.

conforme vier a ser estabelecido no contrato de financiamento¹⁸⁹. A contratação de financiamento e a constituição de garantias não implicam a transferência para o credor de nenhuma obrigação ou responsabilidade do devedor, que permanecerá como o único responsável pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis.

Tanto a Instituição Financiadora quanto a Comissão de Representantes dos Adquirentes (artigo 50 da Lei 4.591/54) poderá nomear, às suas expensas, pessoa física ou jurídica para fiscalizar e acompanhar o patrimônio de afetação¹⁹⁰. A nomeação de uma pessoa fiscalizadora não transfere à mesma qualquer responsabilidade do incorporador ou do construtor. Responderá, entretanto, pela falta de zelo, dedicação e sigilo sobre quaisquer informações que obtiver em decorrência do exercício da fiscalização ao patrimônio de afetação, salvo se a pessoa fiscalizadora for nomeada pela Instituição Financiadora, quando deverá fornecer cópia de seus relatórios à Comissão de Representantes.

2.3.2 Deveres do incorporador e extinção do patrimônio de afetação

Constituído o Patrimônio de Afetação, o incorporador terá as seguintes obrigações:

- a) promover todos os atos necessários à boa administração e à preservação do patrimônio de afetação, inclusive mediante adoção de medidas judiciais;
- b) manter apartados os bens e direitos objeto de cada incorporação;
- c) diligenciar a captação dos recursos necessários à incorporação e aplicá-los na forma prevista na Lei 10.931/04, cuidando de preservar os recursos necessários à conclusão da obra;
- d) entregar à Comissão de Representantes, no mínimo a cada três meses, demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros que integrem o patrimônio de afetação recebidos no período, firmados por profissionais habilitados, ressalvadas eventuais modificações sugeridas pelo incorporador e aprovadas pela Comissão de Representantes;

¹⁸⁹ Entende-se que esse dispositivo foi criado com o intuito de amenizar o descrédito que o instituto da hipoteca tem sofrido com as decisões judiciais fundamentadas no Código de Defesa do Consumidor, que garantem ao adquirente de boa-fé da unidade imobiliária quitada o direito de ficar com o imóvel sobre o qual recaia uma hipoteca, fazendo com que aquela garantia real desapareça, tornando o agente financeiro em credor quirografário. Nesse sentido, súmula 308, do STF.

¹⁹⁰ Aqui está um interessante campo de atuação para as administradoras de condomínio, que poderão profissionalizar-se com o objetivo de exercer a função da Comissão de Representantes.

e)manter e movimentar os recursos financeiros do património de afetação em conta de depósito aberta especificamente para tal fim;

f)entregar à Comissão de Representantes balancetes coincidentes com o trimestre civil, relativos a cada património de afetação;

g)assegurar à pessoa nomeada, nos termos do art. 31-C acrescido na Lei 4.591/64, pela Lei 10.931/04, o livre acesso à obra, bem como aos livros, contratos, movimentação da conta de depósito exclusiva referida na letra “e” supra e quaisquer outros documentos relativos ao património de afetação;

h)manter escrituração contábil completa, ainda que esteja desobrigado pela legislação tributária;

i)responder pelos prejuízos que causar ao património de afetação.

O património de afetação extinguir-se-á através da:

a)averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento.

A averbação da extinção do património de afetação à margem da matrícula do imóvel depende do implemento das três condições acima previstas.

b)revogação em razão de denúncia da incorporação, depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas (art. 36 da Lei 4.591/64), ou de outras hipóteses previstas em lei;

c)liquidação deliberada pela assembleia geral nos termos do art. 31-F, § 1º acrescido na Lei 4.591/64 através da Lei 10.931/04.

2.3.3 Património de afetação e a falência/insolvência do incorporador

Estabelecidas as características principais do património de afetação, passamos a analisar o que parece ser o ponto mais importante dentro do regime de afetação.

Criado com o pretexto de que a legislação vigente não contemplava a solução para a falência do incorporador imobiliário, fato de que se ousa discordar, uma vez que, salvo melhor juízo, o sistema preconizado na Lei 4.591/64 é, dependendo da situação, mais benéfico aos adquirentes, a constituição do património de afetação estabelece uma nova

disciplina jurídica no acaso de falência do incorporador ou paralisação das obras de forma injustificada prevista no artigo 43, VII¹⁹¹ da Lei 4.591/64.

Constituído o patrimônio de afetação, os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem o patrimônio da incorporação afetada, de maneira que o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação não integram a massa falida.

Decretada a falência ou insolvência do incorporador, o condomínio dos adquirentes, devidamente convocado, terá sessenta (60) dias para instituir o condomínio da construção, por instrumento público ou particular, e deliberar sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação para o pagamento dos credores.

Até aqui tudo estava muito bem. Porém, segundo o disposto no artigo 9º da Lei 10.931/04, perde eficácia a deliberação pela continuação da obra ou pela liquidação do patrimônio de afetação acima referida, caso não se verifique o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência, ou insolvência do incorporador, as quais deverão ser pagas pelos adquirentes em até um ano daquelas deliberações, ou até a data da concessão do habite-se se esta ocorrer em prazo inferior¹⁹².

Além disso, decidindo pela continuação da obra, os adquirentes ficarão automaticamente sub-rogados nos direitos, nas obrigações e nos encargos relativos à

¹⁹¹ Artigo 43, da Lei 4.591/64 – Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas: (...); VII - em caso de insolvência do incorporador que tiver optado pelo regime da afetação e não sendo possível à maioria prosseguir na construção, a assembléia geral poderá, pelo voto de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, deliberar pela venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecer, distribuindo entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber, nos termos do art. 40; não se obtendo, na venda, a reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, reajustada na forma da lei e de acordo com os critérios do contrato celebrado com o incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador.

¹⁹² Identificando que a sistemática do patrimônio de afetação, especialmente em razão do disposto no artigo 9º, da Lei 10.931/2004, é prejudicial aos adquirentes das unidades autônomas se comparado ao previsto originalmente na Lei 4.591/64, o Conselho da Justiça Federal, na IV Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado nº 327 (proposições legislativas) com o seguinte teor: Suprima-se o art. 9º da Lei n. 10.931/2004. (Unânime).

incorporação, inclusive aqueles relativos ao contrato de financiamento da obra¹⁹³, se houver.

Com a falência do incorporador e estando a incorporação sob o regime de afetação, os adquirentes que optarem por seguir com a obra, além de assumir as obrigações e encargos relativos à incorporação, inclusive os relativos a financiamento, dívidas trabalhistas, tributárias e previdenciárias, segundo o que preceitua o parágrafo 13 do artigo 31-F, inserido na Lei 4.591/64 pela 10.931/04, deverão entregar à massa falida o saldo positivo que por ventura exista entre as receitas da incorporação e o custo da conclusão da incorporação. Ou seja, terão o incômodo de gerenciar a incorporação ou de contratar quem o faça e não poderão sequer ficar com obônus proveniente da atividade.

Pelo sistema da Lei 4.591/64, segundo o disposto no artigo 43, III, em caso de falência do incorporador, os adquirentes podem optar por prosseguir na construção da edificação ou serem credores privilegiados da empresa incorporadora nas importâncias pagas até o momento da decretação da falência. O benefício em relação à nova Lei é que, pela 4.591/64, segundo a jurisprudência majoritária¹⁹⁴, os adquirentes não assumem a responsabilidade pelo pagamento das dívidas tributárias, previdenciárias e trabalhistas que deveriam ter sido pagas pelo incorporador falido com os recursos provenientes das prestações já pagas pelos adquirentes, enquanto que constituído o patrimônio de afetação os adquirentes tem que, de certa forma, pagar pelo que já pagaram.

Optando pelo prosseguimento da obra, a leitura conjunta do inciso III, da Lei 4.591/64¹⁹⁵, com o artigo 85, da Lei 11.101/05¹⁹⁶, possibilita entender que a mesma não integrará a massa falida, o que não desvinculará o incorporador de suas responsabilidades civis, aqui incluídas as dívidas que porventura existam para com os adquirentes das unidades autônomas e que poderão ser pagas subsidiariamente com o patrimônio pessoal dos sócios da incorporadora. Ocorrendo isso, os contratos firmados com a incorporadora

¹⁹³ Isto pode ser um benefício que as instituições financeiras queiram exercer passando a fornecer empréstimo somente para o custeio das incorporações que estiverem submetidas ao regime de afetação. Isto porque, deixariam de ser credores de uma empresa falida para ser credores dos adquirentes.

¹⁹⁴ Apelação Cível nº 200100508574 – Terceira Turma do Tribunal de Justiça de Goiás.

¹⁹⁵ Artigo 43, da Lei 4.591/64 – Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas: (...); III - em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais dêste.

¹⁹⁶ Artigo 85, da Lei 11.101/05 – O proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição.

perderão a eficácia e, se as importâncias pagas em virtude do contrato excederem ao montante de obra construída, elas poderão ser reclamadas judicialmente. Não tendo sido todas as unidades comercializadas, a massa falida poderá ser condômina no empreendimento, tendo, como os demais condôminos, que custear a obra (artigo 35, §6º) ou, não sendo de interesse, os condôminos, que retomaram a obra para finalizá-la, poderão comercializar referidas unidades com o objetivo de buscar aporte financeiro para a construção.

Sendo assim, com a nova lei, os adquirentes, além de assumir a responsabilidade pelo término da obra, assumem, também, a administração do patrimônio de afetação, com seus ônus, mas sem obônus, o que não ocorre no sistema da 4.591/64, no qual os adquirentes ficam livres para continuar a obra independentemente do pagamento das dívidas da incorporação, podendo, inclusive, vender as unidades ainda não comercializadas, utilizando os valores que receberem para custear a construção.

Importante destacar, entretanto, que a possibilidade de excluir do patrimônio da empresa falida e transferir ao Condomínio da Construção as edificações inacabadas, possibilitando a continuidade da obra, decorre, como foi dito, da interpretação sistemática do inciso III, da Lei 4.591/64, combinada com o artigo 85, da Lei 11.101/05, corroborada pelas decisões judiciais. Diante disso, levando em consideração que a interpretação dos tribunais pode mudar a qualquer momento, deixando de excluir da massa falida as construções pelo sistema condominial, quando o condômino for prudente e acompanhar o desenvolvimento da obra, ou quando é representado por uma Comissão de Representantes atuante, a constituição do patrimônio de afetação pode ser uma boa ideia. Isso porque, na pior das hipóteses, o condômino terá que pagar as dívidas apenas da incorporação de que fizer parte, tendo a certeza de que a obra não fará parte da massa falida se a empresa incorporadora, obviamente, falir.

Além disso, outra vantagem em constituir o Patrimônio de Afetação é que, decretada a falência, os bens afetados nem chegam a integrar a massa falida, enquanto que, pela sistemática da Lei 4.591/64, a construção vai integrar a massa para, posteriormente, deixá-la, através de uma decisão judicial, dentro do processo de falência, a partir do pedido dos adquirentes das unidades autônomas com essa finalidade.

Feitas as devidas ressalvas, vemos que o novo dispositivo legal, que surgiu como uma forma de dar credibilidade às incorporações imobiliárias, traz benefícios aos credores

trabalhistas, previdenciários e tributários, que não precisarão aguardar a liquidação do ativo da massa falida para receber o que lhes é devido, pois os adquirentes das unidades imobiliárias se sub-rogam nessa obrigação. Contudo, diante da interpretação do artigo 43, III da Lei 4.591/64, combinado com o artigo 85, da Lei 11.101/05, há desvantagens aos adquirentes como foi visto acima.

Não obstante, cumpre destacar que, em relação ao que dispunha a Medida Provisória 2.221/01, a Lei 10.931 apresenta uma excelente alteração, suprimindo o artigo 30-D da Medida Provisória, que estendia ao adquirente a responsabilidade não apenas pelas dívidas do patrimônio de afetação, mas também por todas as dívidas da empresa incorporadora. O referido dispositivo impunha aos adquirentes o pagamento de um passivo oculto, incluindo dívidas de outras incorporações e dívidas pessoais do incorporador relativas ao imposto de renda e contribuição social sobre o lucro da empresa.

Felizmente, o legislador ouviu as críticas feitas à Medida Provisória e substituiu o texto da mesma, que inseria o artigo 30-D na Lei 4.591/64, pelo texto do §20 do artigo 31-F inserido na Lei 4.591/64 pela Lei 10.931/04, que tem a seguinte redação: “Ficam excluídas da responsabilidade dos adquirentes as obrigações relativas, de maneira direta ou indireta, ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro, devidas pela pessoa jurídica do incorporador, inclusive por equiparação, bem como as obrigações oriundas de outras atividades do incorporador não relacionadas diretamente com as incorporações objeto de afetação”.

2.3.4 Regime especial tributário do patrimônio de afetação

Com o advento da Lei 10.931/04 as empresas incorporadoras têm a opção de instituir o regime especial de tributação sobre a receita mensal recebida com a venda das unidades imobiliárias que compõem a incorporação, bem como sobre as receitas financeiras e variações monetárias decorrentes dessa operação. O regime especial tributário submete a incorporadora à carga tributária equivalente a 4% da receita mensal recebida com referidas vendas ou das receitas decorrentes dessas vendas¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Art. 4º - Para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação, a incorporadora ficará sujeita ao pagamento equivalente a 4% (quatro por cento) da receita mensal recebida, o qual corresponderá ao pagamento mensal unificado do seguinte imposto e contribuições: I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ; II - Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor

Em contrapartida à citada vantagem tributária, optando pelo regime especial, o que implica na necessidade de afetar o património da incorporação que optar pelo referido regime, o património da incorporadora responderá por todas as dívidas tributárias da incorporação afetada, mas o terreno e as acessões, objeto da referida incorporação, responderão apenas pelas dívidas tributárias relativas à própria incorporação (reflexo da constituição do património de afetação), ficando excluídas as que o incorporador tenha de outros empreendimentos.

Para que a opção pelo regime especial seja efetivada, serão necessários os seguintes requisitos:

- a) entrega do termo de opção à Secretaria da Receita Federal;
- b) afetação do terreno conforme o disposto nos artigos 31-A a 31-E acrescidos na Lei 4.591/64 pela Lei 10.931/04, acima comentados;
- c) obrigação da incorporadora de manter escrituração contábil segregada para cada incorporação submetida ao regime especial.

Uma vez aceita, a opção pelo regime especial tributário do património de afetação será irrevogável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação. O recolhimento dos tributos, que não poderá ser de forma parcelada, será feito através de DARF e iniciará a partir do mês da opção, devendo ser efetuado até o décimo (10º) dia do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita.

2.4 O contrato-promessa de transferência das frações autónomas antes do término da obra

Após verificar que é possível comercializar as unidades autónomas antes do término da obra – em Portugal, como registro provisório da propriedade horizontal; no Brasil, com o registro da incorporação imobiliária –, este subcapítulo é destinado ao estudo do contra-promessa de transferência das unidades, previsto no artigo 410.º, nº 3, do Código Civil Português, e nos artigos 1.417 e 1.418, do Código Civil Brasileiro, que, considerando

Público - PIS/PASEP; III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; e IV - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

a natureza de coisa futura da unidade autónoma em construção, parece ser o instrumento mais adequado para contratar a transmissão das unidades.

Assim, em um primeiro momento, serão estabelecidas as linhas gerais do contrato-promessa para, posteriormente, analisar o referido contrato, no caso de a promessa de venda se referir às frações autónomas ainda não edificadas.

2.4.1 O contrato-promessa de frações autónomas

A principal função do contrato-promessa é criar a obrigação de as partes contratantes prosseguirem as negociações, permanecendo firmes aos eventuais acordos já alcançados. Com esse objetivo, as partes estipulam um contrato preliminar obrigando-se a celebrar o contrato definitivo no futuro (obrigação principal), tão logo as obrigações acessórias previstas no contrato-promessa sejam cumpridas¹⁹⁸.

Pires de Lima e Antunes Varela¹⁹⁹ reforçam esse entendimento ao afirmarem que a designação mais rigorosa e completa do contrato-promessa seria “contrato-promessa de contratar”.

É pacífico, portanto, que a principal função do contrato-promessa é a criação da obrigação de contratar, isto é, a obrigação de emitir a declaração de vontade correspondente ao contrato prometido, tão logo sejam cumpridas as obrigações acessórias que impediram a celebração imediata do contrato definitivo²⁰⁰.

Em certas relações negociais o contrato-promessa é usado, também, como forma de garantia de pagamento do preço. Nesses casos, as partes já definiram o objeto do contrato e manifestaram as suas vontades (por vezes, inclusive, de forma irrevogável e irretroatável), não tendo concluído definitivamente o contrato apenas por faltar o pagamento integral do preço ou impossibilidade momentânea de entrega da coisa, como no caso da venda de unidade autónoma em construção ou a ser construída.

Além de identificar as principais funções do contrato-promessa, entende-se oportuno para o desenvolvimento deste estudo fazer referência aos tipos de cláusula que poderão compor o referido contrato. Isso porque, embora se saiba que nos sistemas do tipo

¹⁹⁸ ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988. p. 103.

¹⁹⁹ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume I (artigos 1.º a 761.º). 4ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 376.

²⁰⁰ Trata-se de uma obrigação de prestação de fato positivo. Id. Ibid., p. 376.

capitalista a autonomia de vontade das partes²⁰¹ predomina na formação dos contratos, em certos casos previstos em lei, o Estado, com a finalidade de equilibrar a relação contratual, editará normas de aplicação obrigatória.

Nesse contexto, com relação à estipulação das cláusulas essenciais do contrato, a autonomia da vontade das partes é limitada pela existência de normas imperativas²⁰², específicas do tipo ou de aplicação geral, que, se não forem respeitadas, poderão gerar a nulidade do contrato ou de cláusula específica, dependendo da abrangência substancial da norma legal contrariada.

Além de impor a aplicação de certas regras, a lei ainda disponibiliza às partes celebrantes do contrato as chamadas normas dispositivas²⁰³, que poderão ser utilizadas de forma subsidiária às cláusulas contratuais para regular os casos acessórios não previstos pelas partes.

O legislador, ao estabelecer normas legais que regulam determinado fato jurídico, o faz através de um critério médio, com equitativos racionais, que, assim, operam uma repartição dos ónus, dos riscos, dos sacrifícios e das vantagens contratuais, buscando estabelecer, ainda que em abstrato, o mais justo. Contudo, em nome da autonomia contratual, as partes podem estabelecer outros critérios de justiça para a relação negocial que estão firmando, mas, se não o fizerem ou abusarem desse direito, criando, por exemplo, cláusulas desproporcionais, prevalecerá a vontade do legislador, ainda que a norma não seja imperativa.

Verifica-se, portanto, que a possibilidade de a autonomia privada derrogar a disciplina legislativa do tipo (no caso de normas dispositivas) não é ilimitada²⁰⁴.

²⁰¹ Nesse sentido é o disposto no artigo 405.º, do CCP, ao prever que “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhe aprouver”.

²⁰² Segundo Enzo Roppo, “as normas imperativas constituem o instrumento fundamental através do qual o ordenamento jurídico assegura que as relações contratuais, levadas a cabo pela autonomia privada, não conflituam com os valores, com objetivos, com os interesses que o próprio ordenamento pretende, em qualquer caso, garantidos”. ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988. p. 190.

²⁰³ Para Enzo Roppo, “as normas dispositivas concorrem a integrar o conteúdo do contrato (e a determinar os seus efeitos) apenas na condição de, sobre o ponto a ser disciplinado, os contraentes não terem voluntariamente decidido de modo diverso, introduzindo no regulamento uma norma cláusula que derogue as previsões da norma dispositiva”. Id. Ibid., p. 187. Importantes destacar, ainda, que determinadas relações negociais poderão ser pautadas pela existência das chamadas normas contratuais gerais, que, por serem prefixadas por apenas uma partes, também constituem uma espécie de limitação ao princípio da liberdade contratual. O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais está previsto no direito Português no Decreto-Lei nº 446/85.

²⁰⁴ Id. Ibid., p. 149.

No direito português, a estipulação das cláusulas do contrato-promessa segue a lógica acima referida, ou seja, existe liberdade contratual, mas o legislador criou algumas normas imperativas com a finalidade de proteger a relação negocial. No caso específico do contrato-promessa, o regime aplicável está previsto nos artigos 410.º a 413.º, do CCP.

A primeira parte do número 1, do artigo 410.º, do CCP estabelece que, em regra, “à convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato são aplicáveis as disposições legais relativas ao contrato prometido” (regra equivalente ao artigo 462, do CCB). Esse dispositivo prestigia o princípio da equiparação ao contrato prometido, de onde resulta, segundo Pires de Lima e Antunes Varela²⁰⁵, que os requisitos e efeitos do contrato prometido são aplicáveis ao que gerou a promessa, sucedendo-o em matéria de capacidade, vício de vontade, requisitos do objeto do contrato, resolução, *etc.*

A segunda parte do número 1, do artigo 410.º, do CCP, por sua vez, prevê exceção à regra da equiparação especificamente quanto à obrigatoriedade de forma e quanto às disposições que, pela sua natureza, não se aplicam ao contrato preliminar. Assim, quanto à inexigibilidade de forma, afirmam Pires de Lima e Antunes Varela²⁰⁶ que, se o contrato principal exige escritura pública, para a celebração do contrato-promessa bastaria documento escrito e assinado.

É, contudo, o número 3, do artigo 410.º, do CCP que estabelece as regras específicas e imperativas para a celebração de contrato-promessa oneroso que tenha por objeto a transmissão ou constituição de direito real sobre edifício, ou fração autónoma dele, já construído, em construção ou a construir.

Como requisitos básicos para a celebração do contrato, o citado dispositivo legal exige:

- a) documento escrito;
- b) assinatura das partes contratantes;
- c) reconhecimento presencial das assinaturas perante um notário²⁰⁷;

²⁰⁵ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume I (artigos 1.º a 761.º). 4ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 377.

²⁰⁶ Id., *Ibid.*, p. 377.

²⁰⁷ Verifica-se aqui que a exigência é de reconhecimento presencial das assinaturas pelo notário e não a autenticação do documento. Nos termos do artigo 35.º, do Código do Notariado, os documentos lavrados pelo notário, ou nos quais ele intervém, podem ser autênticos, autenticados ou ter apenas o reconhecimento notarial. São autênticos os documentos exarados pelo notário nos respectivos livros, ou em instrumentos avulsos, e os certificados, certidões e outros documentos análogos por ele expedidos. São autenticados os documentos particulares confirmados pelas partes perante notário. Tem reconhecimento notarial os documentos particulares cuja letra e assinatura, ou só assinatura, se mostrem reconhecidas por notário. O

d) certificação pelo notário da existência da licença respectiva de utilização ou de constituição²⁰⁸.

Verifica-se, portanto, que número 3, do artigo 410.º, da CCP criou forma *sui generis* para a celebração deste tipo de contrato-promessa, distanciando-se, tanto do princípio da equiparação do contrato prometido, previsto no número 1 do mesmo dispositivo legal, quanto da liberdade de forma, prevista como regra geral no artigo 219.º, do CCP.

Ao criar os requisitos acima referidos, o legislador deixou clara a sua intenção de coibir a promessa de venda de frações autónomas em construções clandestinas²⁰⁹. O Estado está, aqui, a proteger os compradores das unidades autónomas que, na expectativa de adquirir a tão sonhada casa própria, são facilmente ludibriados.

O número 3, do artigo 410.º, do CCP prevê, ainda, que a inobservância dos requisitos legais implica na nulidade do contrato, que poderá ser alegada pelo promitente-comprador²¹⁰. A invalidade que importa na nulidade do contrato, segundo Menezes Leitão, não pode ser invocada por terceiros, nem reconhecida oficiosamente pelo tribunal, referindo que essa posição é defendida largamente na doutrina e foi consagrada por dois assentos do STJ²¹¹. Por tal motivo, a missão das referidas formalidades não constituem, segundo o autor, uma verdadeira nulidade, sujeita ao regime do artigo 286.º, do CCP, mas antes uma situação de invalidade mista, estabelecida no interesse do promitente adquirente em evitar a aquisição de um imóvel clandestino²¹².

Ainda sobre a nulidade ou invalidade mista do contrato decorrente da inobservância dos requisitos legais, Pires de Lima e Antunes Varela destacam que:

“Se, porém, não obstante a omissão registrada, o edifício construído e o promitente-vendedor se prestar a outorgar na escritura de venda definitiva, a invocação da nulidade por parte do

reconhecimento notarial pode ser simples (presenciais) ou com menções especiais (presencial ou por semelhança).

²⁰⁸ Em face ao disposto no artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 281/99, a primeira transmissão de uma fração de um prédio sujeito ao regime da propriedade horizontal depende da exibição da licença de utilização (ou da licença de construção acompanhada de prova e declarações do transmitente no sentido previsto no artigo 2.º, a e b, do Decreto-Lei n.º 281/99). Importante referir, ainda, que, de acordo com o artigo 66.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 555/99, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, a licença ou autorização de utilização pode ser concedida autonomamente para uma fração quando as partes comuns do edifício em que se integre estejam também em condições de ser utilizadas.

²⁰⁹ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume I (artigos 1.º a 761.º). 4ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 380.

²¹⁰ Id. Ibid., p. 380.

²¹¹ Assento STJ 15/94, de 28/6/1994 (Miguel Montenegro), no D.R. I Série-A de 12/10/1994. p. 6171-6172. E Assento STJ 3/95, de 1/6/1995 (César Marques), no D.R. I Série-A de 22/4/1995. p. 2320-2323.

²¹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 231.

promitente-comprador não deixará de poder constituir um verdadeiro abuso de direito, pois o objetivo da tutela estatal, que é a proteção dos promitentes-compradores nos casos de obra clandestina, foi, nesse caso, alcançado.”

Outra regra que merece destaque no que diz respeito ao contrato-promessa é a prevista no artigo 413.º, do CCP. A referida norma prevê a possibilidade de o contrato-promessa possuir efeito real. Segundo o referido dispositivo:

“1. À promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis, ou móveis sujeitos a registo, podem as partes atribuir eficácia real, mediante declaração expressa e inscrição no registo.

2. Salvo o disposto em lei especial, deve constar de escritura pública ou de documento particular autenticado a promessa a que as partes atribuam eficácia real; porém, quando a lei não exija essa forma para o contrato prometido, é bastante o documento particular com reconhecimento da assinatura da parte que se vincula ou de ambas, consoante se trate de contrato-promessa unilateral ou bilateral.”

Pelo teor do artigo 413.º, do CCP, pode-se afirmar que a regra geral do contrato-promessa é possuir efeitos *inter partes*. A promessa de transmissão de direitos reais poderá, entretanto, produzir efeitos em relação a terceiros, desde que:

a) seja pactuado por escritura pública ou, se o contrato prometido não exigir forma, instrumento particular com reconhecimento das assinaturas dos compromitentes;

b) pretenderem as partes atribuir-lhe eficácia real (de forma expressa, afastando a declaração tácita prevista de forma genérica no artigo 217.º, do CCP);

c) estarem no registo os direitos emergentes da promessa²¹³.

Preenchidos esses requisitos, seria possível defender que a promessa se transformaria em um direito real autónomo (o direito real de aquisição²¹⁴), o que significa que o direito à celebração do contrato definitivo prevalecerá sobre todos os direitos reais que não tenham registo anterior ao da promessa com eficácia real²¹⁵.

Em sentido contrário, destaca-se o entendimento Mónica Jardim²¹⁶ que, quanto à classificação do direito do promissário no contrato promessa de transmissão de bens imóveis, entende que não se está diante de espécie de direito real de aquisição.

Por efeito da promessa, o respectivo beneficiário é apenas titular de um direito de natureza creditória: o direito de exigir do promitente a celebração do contrato definitivo, podendo conseguir esse resultado através da execução específica, nos termos do art. 830.º. Encontrando-se, porém, tal direito inscrito no registo, torna-se, por essa via, *oponível* a terceiros. O registo não modifica a natureza do direito inscrito: apenas lhe amplia os efeitos. Em vez de um direito que esgota toda a sua eficácia no plano das relações entre credor e devedor (como é próprio dos direitos creditórios),

²¹³ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume I (artigos 1.º a 761.º). 4ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 386.

²¹⁴ Id. *Ibid.*, p. 387.

²¹⁵ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 254.

²¹⁶ Acesso ao texto permitido pela Autora.

estamos perante um direito que, mesmo sem revestir natureza real, se impõe ao respeito de terceiros.

Portanto, o registo do contrato-promessa dotado de eficácia em face de terceiros, ou de “eficácia real”, atribui ao direito de crédito decorrente do contrato-promessa uma eficácia equiparada à dos direitos reais, afastando, assim, o perigo de ele vir a ser inviabilizado, no todo ou em parte, por actos de alienação ou de oneração do objecto do contrato prometido registados posteriormente, pois estes são, perante si, ineficazes.

(...).

De facto, o promissário que obtém o registo definitivo com prioridade vê o seu direito de crédito contra o promitente tornar-se oponível a “terceiros” e, portanto, perante um titular de um direito real anteriormente constituído mas não registado. No entanto, defendemos que este direito (o real) não se extingue, nem fica onerado, enquanto não for celebrado o contrato prometido. Efectivamente, segundo o nosso entendimento, tal direito real passa apenas a ser ineficaz perante a pretensão do promissário, uma vez que nada garante, por exemplo, que o crédito do promissário não se extinga por causa diferente do cumprimento (v.g., por remissão) e, caso tal não ocorra, é óbvio que a pretensão creditória do promissário está plenamente assegurada pela ineficácia do direito real.

De qualquer forma, atribuir a promessa eficácia contra terceiros representa segurança ao adquirente, na medida em que o direito de aquisição, obtido através do contrato-promessa, reduzirá a possibilidade de fraudes, que são muito frequentes quando o efeito do contrato é apenas obrigacional. Importante destacar, ainda, que a exigência de registo do contrato presente no artigo 413.º, nº 1, do CCP criou no direito português mais um caso em que o efeito do registo é constitutivo do direito real²¹⁷.

No direito brasileiro, por sua vez, o contrato de promessa de compra e venda – que pode ser usado para a transmissão da propriedade horizontal já construída, em construção ou a construir – possui regra específica no artigo 1.417, do CCB/2002, que assim estabelece:

“Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.”

Verifica-se, portanto, que os requisitos para que a promessa de compra e venda outorgue ao promitente adquirente o direito real de aquisição são:

- a) documento escrito;
- b) não ter sido pactuado arrependimento;
- c) o contrato deve estar registado no cartório de registos de imóveis (com o registo, portanto, o contrato passa a ter efeito real, independentemente, de as partes terem pactuado esse efeito).

Para os contratos de promessa de compra e venda, o legislador brasileiro exigiu, apenas, forma escrita, podendo ser pactuado, portanto, por instrumento particular que, nos

²¹⁷ LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume I (artigos 1.º a 761.º). 4ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 388.

termos do artigo 221, da Lei nº 6.015/73, deverá ser firmado pelos compromitentes e duas testemunhas, com as firmas devidamente reconhecidas por notário.

A diferença entre o contrato-promessa com efeito perante terceiros, presente do direito português, e o direito real de aquisição oriundo da promessa de compra e venda registrada, previsto na lei brasileira, está no fato de que, enquanto no direito brasileiro o direito de aquisição do promitente comprador é espécie de direito real (artigo 1.225, VII, do CCB²¹⁸), o contrato-promessa com efeito real no direito português é espécie de obrigação pessoal a qual a lei, a partir da vontade das partes e do competente registro, atribui eficácia perante terceiros, o que não lhe confere o *status* de direito real autónomo.

Importante referir, ainda, que, no direito brasileiro, o promitente comprador é titular de direito real desde 1.937, quando o legislador, no artigo 5º, do Decreto-Lei nº 58, assim estabeleceu:

“A averbação atribui ao compromissário direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento.”

O direito brasileiro prevê, também, a forma de obter o cumprimento da promessa de compra e venda. Nos termos do artigo 1.418, do CCB:

O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

A ação de adjudicação compulsória, necessária, portanto, para que ao promitente comprador tenha título capaz de, a partir do registro, torná-lo titular da propriedade do imóvel prometido vender, está prevista no direito brasileiro desde 1.973, quando a Lei nº 6.014, alterou o artigo 22, do Decreto-Lei nº 58/37, e fez a seguinte previsão:

“Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissos direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil.”

O direito português, por seu turno, silenciou sobre a matéria, gerando diversos posicionamentos na doutrina. Menezes Leitão²¹⁹ relaciona os posicionamentos existentes:

“Antunes Varela, Almeida Costa e Ribeiro de Faria entendem que o cumprimento da promessa deverá estabelecer-se da mesma forma a execução específica contra o obrigado, aplicando-se em relação ao terceiro o regime da venda de bens alheios, o que permitiria exigir imediatamente dele a

²¹⁸ Artigo 1.225, do CCB – São direitos reais: (...); VII - o direito do promitente comprador do imóvel; (...).

²¹⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 255.

restituição com base na nulidade da venda. Segundo a opinião de Dias Marques e Oliveira Ascensão, deverá impor-se uma ação de execução específica contra o terceiro. Segundo a posição de Menezes Cordeiro, a forma adequada seria uma ação de reivindicação adaptada contra o terceiro (art. 1315.º). Qualquer das posições nos parece criticável.”

Após relacionar os posicionamentos existentes, Menezes Leitão²²⁰ afirma que:

Parece-nos, por isso, que o exercício da eficácia real não compreende a uma ação judicial típica, devendo considerar-se como uma ação declarativa constitutiva, eventualmente cumulável com um pedido de restituição, a instaurar em litisconsórcio necessário contra o promitente e o terceiro adquirente, destinada a fazer prevalecer o direito de aquisição do promitente comprador sobre a aquisição desse terceiro.

Por fim, quanto à classificação²²¹, cabe salientar que os contratos-promessa de transmissão onerosa²²² de fração autónoma em edifício construído, em construção ou a construir, são: quanto à formação, bilaterais²²³; quanto à forma, solenes²²⁴; quanto ao modo de formação, podem ser consensuais²²⁵; quanto aos efeitos, podem ser obrigacionais²²⁶ ou, por vontade das partes, reais²²⁷; quanto à reciprocidade de obrigações, são sinalagmático²²⁸; quanto às atribuições patrimoniais criadas, são comutativos²²⁹ ou aleatórios²³⁰; quanto à previsão legal, são típicos²³¹, quanto à execução, são de execução sucessiva²³², quanto à vinculação das obrigações criadas, são pessoais²³³.

2.4.2 A transferência de frações autónomas antes do término da obra

O artigo 1.414.º e seguintes, do CCP, ao estipularem o regime jurídico da propriedade horizontal, não previram regras que possibilitassem a sua constituição antes do

²²⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. p. 256.

²²¹ Id., *Ibid.*, p. 193.

²²² As obrigações criadas constituem ónus e vantagens para ambas as partes. O promitente comprador tem o ónus de pagar o preço, enquanto que o promitente vendedor tem o ónus de entregar a fração autónoma devidamente regularizada.

²²³ Pactuados por duas ou mais partes com interesses contrapostos.

²²⁴ O artigo 410.º, n.º 3, do CCP prevê forma específica para a celebração do contrato.

²²⁵ Os direitos obrigacionais pactuados nos contratos-promessa ditos consensuais são constituídos com a formação, perfeita e sem vícios, dos contratos.

²²⁶ Geram apenas direitos que tem eficácia *inter partes*.

²²⁷ Nos contratos reais os efeitos são *erga omnes*.

²²⁸ Impõe direitos e obrigações para ambas as partes, ou seja, as partes são credoras e devedoras simultaneamente. Sendo assim, ambas as partes podem invocar a resolução do contrato.

²²⁹ Isso porque, ao contrário dos contratos aleatórios, as atribuições patrimoniais criadas são certas.

²³⁰ Tratando-se de fração autónoma em construção ou a construir, a existência da coisa futura, embora provável, não é certa.

²³¹ Trata-se de um contrato previsto em lei (artigo 410.º, n.º 3, do CCP).

²³² As prestações dos compromitentes verificam-se mediante soluções periódicas e contínuas que somente terminam com a celebração do contrato definitivo.

²³³ Obriga os próprios contratantes. Dessa forma, o promitente comprador tem o dever de pagar e o promitente vendedor tem o dever de entregar a fração autónoma devidamente regularizada.

término das obras do edifício. Contudo, diante da possibilidade de promessa de transmissão e constituição de direitos reais sobre frações autónomas de edifício em construção ou a construir prevista no artigo 410.º, n.º 3, do CCP, o legislador inseriu nos Códigos do Notariado e do Registro Predial algumas regras para viabilizar a celebração segura dos contratos-promessa referentes às futuras frações autónomas de edifício em construção ou a construir.

Nesse sentido, o artigo 62.º, n.º 1, do Código do Notariado, prevê que:

“Nenhum instrumento pelo qual se transmitam direitos reais ou contraíam encargos sobre frações autónomas de prédios em regime de propriedade horizontal pode ser lavrado sem que se exhiba documento comprovativo da inscrição do respectivo título constitutivo no registo predial.”

Por sua vez, o artigo 92.º, n.º 1, “b” e “c”, do Código do Registro Predial estabelece que:

“São efectuadas provisoriamente por natureza as seguintes inscrições: (...); b) De constituição da propriedade horizontal, antes de concluída a construção do prédio; c) De factos jurídicos respeitantes a fracções autónomas, antes do registo definitivo da constituição da propriedade horizontal;”

Deve-se ter em conta, ainda, o disposto no número 2, do artigo 49.º, do Decreto-Lei n.º 555/99, alterado pelo Decreto-Lei n.º 26/2010, que trata do Regime Jurídico de Urbanização e da Edificação, pois estabelece que:

“Não podem ser realizados atos de primeira transmissão de imóveis construídos nos lotes ou frações autónomas desses imóveis sem que seja exigida, perante a entidade que celebre a escritura pública ou autentique o documento particular, certidão emitida pela câmara municipal, comprovativa da recepção provisória das obras de urbanização ou certidão, emitida pela câmara municipal, comprovativa de que a caução a que se refere o artigo 54.º é suficiente para garantir a boa execução das obras de urbanização”²³⁴.

Pelo exposto, verifica-se que o legislador português, para viabilizar com segurança a promessa de transmissão de direitos reais sobre frações autónomas de edifício em construção ou a construir, preocupou-se em:

a) criar uma espécie de proteção aos adquirentes na medida em que exigiu o registro provisório da propriedade horizontal, para que os candidatos à aquisição saibam, efetivamente, o que estão se comprometendo a comprovar;

b) exigir certidão, emitida pela câmara municipal, comprovativa de que foi prestada pela construtora caução suficiente para garantir a boa execução das obras de urbanização.

²³⁴ LOPES, J. de Seabra. Direito dos Registros e do Notariado. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 441.

Entende-se importante destacar, ainda, que, findo o prazo de vigência do registro provisório da propriedade horizontal sem que tenha sido convertido em definitivo, o registro será cancelado, o que impedirá novas alienações.

Por fim, cabe salientar que, nos termos do disposto no artigo 408.º, n.º 2, do CCP, a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa futura²³⁵ no direito português só ocorrerá quando a coisa for adquirida pelo alienante.

Em atenção ao retro citado artigo, a Procuradoria-Geral da República, no parecer n.º 9/2000, definiu que a fração autónoma em propriedade horizontal ainda não constituída só poderá ser transmitida em definitivo, por enquadrar-se no conceito de coisa futura, após o término da edificação e a constituição jurídica da propriedade horizontal.

Sobre o tema, Mónica Jardim²³⁶, observa:

“Questão controversa, em face do Dec.-Lei n.º 281/99, é a de saber se – sendo lavrado o título constitutivo da propriedade horizontal, quando o edifício ainda não está concluído ou quando apenas está projetado, e sendo lavrado o correspondente registro provisório por natureza – podem ser alienadas ou oneradas frações enquanto bens futuros. A Procuradoria-Geral da República, através do parecer n.º 9/2000, já respondeu negativamente à questão, ao analisar os arts. 4.º e 5.º do diploma em apreço. Nós, ao invés, tendo em conta os antecedentes históricos e o preâmbulo do referido Dec.-Lei, bem como a noção de coisa futura e respectivo regime legal consagrado no Código Civil, consideramos que o referido art. 5.º apenas impossibilita a celebração de negócios jurídicos que visem a transmissão como bem presente de uma fração ainda não concluída – hipótese na qual o adquirente teria de suportar os encargos inerentes à conclusão da obra –, já não a alienação das referidas frações enquanto coisas futuras (cfr. o arts 408.º, n.º 2 e o art. 880.º, n.º 1, ambos do Código Civil). Sendo alienada uma fracção como coisa futura, simultaneamente é alienada uma quota-parte indivisa da compropriedade sobre as partes comuns. No entanto, como é evidente, a alienação da fracção autónoma e da quota ideal das partes comuns não pode produzir, imediatamente, efeitos reais, (cfr. o art. 408.º, n.º 2, do Código Civil). O comprador irá adquirindo os seus direitos (de propriedade sobre a fracção e de compropriedade sobre as partes comuns do edifício) à medida que o respectivo objecto for surgindo e, além disso, fica logo comproprietário do terreno.”

No direito brasileiro, por sua vez, a venda de frações autónomas em construção ou a construir é disciplinada pelos artigos 28 e seguintes, da Lei n.º 4.591/64, que exige, para que o bem futuro seja vendido ou prometido vender, o arquivamento perante o registro de imóveis da incorporação imobiliária.

A venda de bem futuro é admitida no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 458 a 461, do CCB) e, ao contrário do sistema português, não há limitação legal de que a transferência de direitos reais sobre coisa futura só ocorra quando a coisa for adquirida

²³⁵O artigo 211.º, do CCP, estabelece o conceito de coisa futura: São coisa futuras as que não estão em poder do disponente, ou que este não tem direito, ao tempo da declaração negocial.

²³⁶JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa. Propriedade horizontal, conjuntos imobiliários e registro. Disponível em: http://www.fd.uc.pt/cenor/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=41&Itemid=53&limitstart=16. Acesso em 30 de novembro de 12.

pelo alienante (a eficácia do contrato, contudo, só se opera, nos termos do disposto no artigo 483, do CCB, a partir da existência superveniente da coisa). Sendo assim, com o registro da incorporação imobiliária, o proprietário poderá celebrar o contrato definitivo de compra e venda, respondendo, nos termos da lei, no caso de as coisas futuras (unidades autônomas do condomínio edilício) não virem a existir.

CONCLUSÃO

A propriedade horizontal, caracterizada pela reunião orgânica e indissolúvel das partes exclusivas e das coisas comuns do empreendimento imobiliário, atende de forma mais eficiente às necessidades habitacionais dos centros urbanos, se comparada ao sistema tradicional verticalizado de moradias independentes.

Em que pese a formação do condomínio não seja obrigatória para a instituição da propriedade horizontal, reconhece-se que ela só atingirá a sua plenitude com a pluralidade de proprietários das unidades autónomas.

Assim, a fim de evitar conflitos entre os diversos proprietários, é importante que o regime jurídico da propriedade horizontal esteja bem definido na legislação e que o negócio jurídico de instituição seja elaborado em momento adequado e de acordo com os pressupostos físicos do empreendimento.

Na investigação que ora se conclui, foi possível identificar que os regimes jurídicos português e brasileiro da propriedade horizontal, ainda que possam ser aprimorados, estão muito bem definidos na lei.

No que se refere à definição da propriedade horizontal, o sistema português é mais preciso do que o sistema brasileiro. A citada precisão se inicia já na denominação do instituto. Comparada com a palavra “condomínio”, utilizada pelo legislador brasileiro, a expressão “propriedade horizontal” representa melhor o instituto, pois desperta no interprete a ideia precisa de que se trata daquele complexo de direitos, faculdades e deveres ligados ao edifício composto por unidades autónomas.

Ao analisar a natureza jurídica da propriedade horizontal, verifica-se que o sistema português também é mais avançado em relação ao brasileiro, haja vista que a doutrina portuguesa identifica na propriedade horizontal espécie autónoma de direito real.

Em que pese existam diversas teorias que tentam explicar a natureza jurídica da propriedade horizontal, conclui-se que a mais adequada é a que a classifica como direito real autónomo. Isso porque as limitações impostas ao exercício do direito de propriedade com a instituição da propriedade horizontal não apenas criam um tipo especial de

propriedade, mas remetem a propriedade horizontal a uma espécie autónoma de direito real.

Sobre o instrumento de constituição da propriedade horizontal é possível concluir que, por não gerar, em regra, a circulação de riqueza e ser celebrado por uma só parte - exista uma ou mais declarações de vontade - se trata de espécie de negócio jurídico unilateral. As modalidades e os pressupostos necessários à instituição da propriedade horizontal, bem como as possibilidades de modificação e as causas que levam à extinção do direito estão bem delineadas nas leis portuguesa e brasileira.

Contudo, quanto ao momento da celebração do negócio jurídico unilateral de instituição da propriedade horizontal a lei brasileira não é tão precisa quanto a Portuguesa.

Em Portugal, o legislador admite que a propriedade horizontal seja “pré-constituída” a qualquer momento, permitindo, quando o negócio for pactuado antes do término da construção, que o registro seja lavrado como provisório por natureza, o que também ocorrerá com as transmissões pactuadas na pendência do registro definitivo.

No Brasil, a doutrina admite a pré-instituição do condomínio para os chamados “grupos fechados”. Entretanto, avançando na leitura proposta pela doutrina aos artigos 8º e 9º, da Lei 4.591/64, conclui-se que a instituição da propriedade horizontal, antes de a obra ser finalizada, deve ser admitida, mesmo sem a figura do “grupo fechado”.

A instituição da propriedade horizontal antes da finalização da obra não gera prejuízo às partes, pois o ato levado a registro criará as unidades autónomas apenas no âmbito jurídico e sob condição resolutiva, que será implementada caso a obra não seja averbada dentro do prazo de execução do projeto definido na licença de execução expedida pelo órgão competente.

Em que pese a resolubilidade da prévia instituição de condomínio não justifique a negativa de acesso ao álbum imobiliário dos negócios jurídicos pactuados na sua dependência, no Brasil, se o empreendedor pretender alienar as unidades criadas com a prévia instituição, deverá registrar a incorporação imobiliária, conforme imposição do artigo 32, da Lei 4.591/64.

É justamente no que se refere à transmissão das unidades autónomas ainda não concluídas que se identificou no sistema brasileiro mais segurança ao empreendedor e aos adquirentes, se comparado ao sistema português do registro provisório da propriedade horizontal.

No Brasil, o ato jurídico de incorporação imobiliária está previsto no título II, da Lei nº 4.591/64, e deve ser obrigatoriamente levado a registro quando o empreendedor objetivar a alienação de unidades autónomas antes de a obra estar concluída.

Para o memorial de incorporação imobiliária ter acesso ao fólio real, o incorporador deve apresentar ao Serviço de Registro de Imóveis competente todos os documentos previstos no artigo 32, da Lei nº 4.591/64. Os documentos previstos no citado dispositivo legal visam demonstrar aos adquirentes das unidades autónomas, em construção ou a serem construídas, a estrutura urbanística do empreendimento e a solvabilidade do empreendedor.

O efeito publicitário do registro, além de vincular o incorporador, que deverá executar exatamente o que publicitou, possibilita que os interessados em adquirir a coisa futura conheçam todas as características do empreendimento e tenham acesso a uma série de certidões expedidas pelo Poder Público, que demonstram a situação financeira do incorporador.

O empreendedor, por sua vez, se subordina à incorporação ao prazo de carência, reservar-se-á o direito de desistir do negócio, sem a necessidade de indemnizar os adquirentes, caso identifique que o empreendimento não será exitoso.

Outra vantagem da incorporação imobiliária é a faculdade de o empreendedor subordinar a incorporação ao regime do património de afetação. Tal sistema, em que pese apresente falhas, se for bem fiscalizado pode ser de grande utilidade aos adquirentes das unidades futuras no caso de falência/insolvência do empreendedor.

Por fim, considerando a natureza de coisa futura da unidade autónoma em construção, talvez o instrumento mais adequado para contratar a sua transmissão seja o contrato-promessa. Esta espécie de contrato preliminar está muito bem delineada nos regimes jurídicos português e brasileiro e, para proporcionar mais segurança aos contratantes, deve estar inscrita no registro.

Em Portugal, a eleição do contrato-promessa como instrumento adequado para contratar a transmissão das unidades em construção ganha mais relevância ao analisarmos o parecer nº 9/2000 da Procuradoria-Geral da República. Em que pese exista importante doutrina em contrário, a Procuradoria-Geral da República, ao interpretar o artigo 408.º, nº 2, do CCP, definiu que a fração autónoma em propriedade horizontal ainda não constituída

só poderá ser transmitida em definitivo, por enquadrar-se no conceito de coisa futura, após o término da edificação e a constituição jurídica da propriedade horizontal.

No Brasil, por sua vez, a venda definitiva da coisa futura é admitida pelos artigos 458 a 461, do CCB, e, ao contrário do sistema português, não há limitação legal de que a transferência de direitos reais sobre coisa futura só ocorra quando a coisa for adquirida pelo alienante. A eficácia do contrato, contudo, só se opera, nos termos do disposto no artigo 483, do CCB, a partir da existência superveniente da coisa, respondendo, o alienante, nos termos da lei, se a coisa futura não vir a existir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGHIARIAN, Hércules. Curso de Direito Imobiliário. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ASCENSÃO, José Oliveira. Direitos reais. 5ª edição. Coimbra: Coimbra editora, 2000.
- ASCENSÃO, Maria Teresa Pereira de Castro e ASCENSÃO, José de Oliveira. Condomínio (Instituição, incorporação e convenção). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.
- CAMBLER, Everaldo Augusto. Incorporação Imobiliária. Ensaio de uma teoria geral. São Paulo: RT, 1993.
- CARVALHO FERNANDES, Luís A. Lições de Direitos Reais. Lisboa: Quid Júris, 1998.
- CHALHUB, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- COTRIM NETO, A.B. Incorporação Imobiliária I. Enciclopédia Saraivado Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FRANCO, J. Nascimento. Incorporação Imobiliária – II. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. Incorporação Imobiliária (Contribuição do oficial do Registro). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. Condomínio em Edifícios. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.
- FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. Condomínio em Edifícios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. Incorporações Imobiliárias. São Paulo: RT, 1984.
- _____. Incorporações Imobiliárias – II. São Paulo: RT, 1984.
- FRANÇA. R. Limongi. Condomínio. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 399.

_____. Condomínio por unidades autónomas. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, p. 33–48, jan./jun.1981.

GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 461, mar. 1974.

_____. Direitos reais. São Paulo: Forense, 2008.

JARDIM, Mónica Vanderleia Alves de Sousa. Propriedade horizontal, conjuntos imobiliários e registro. Disponível em: http://www.fd.uc.pt/cenor/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=41&Itemid=53&limitstart=16. Acesso em 30 de novembro de 2012.

JUSTO, Antônio dos Santos. Direitos Reais. 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações. 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. Direitos Reais. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2012.

LIMA, Frederico Henrique Viegas. O Direito de Superfície Como Instrumento de Planificação Urbana. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LIMA, Pires de. VARELA, Antunes. Código Civil Anotado. Volume I (artigos 1.º a 761.º). 4ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. Código Civil Anotado. Volume III (artigo 1251.º a 1575.º). 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LOPES, J. de Seabra. Direito dos Registos e do Notariado. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

MESQUITA, Manuel Henrique. A propriedade horizontal no Código Civil Português. Revista de direito e de estudos sociais, ano XXIII, jan.-dez., nº 1-2-3-4. Coimbra, 1978.

MEZZARI, Mário Pazutti. Condomínio e Incorporações no Registro de Imóveis. 3ª edição. Porto Alegre: Norton Editor, 2010.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Predial. Tomo II. 2ª edição. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953.

_____. Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Tomo II. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. Tratado de Direito Privado – Parte Geral. Tomo III. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. Tratado de Direito Privado. Tomo XII. 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2001.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

NETO, Abílio. Manual da propriedade horizontal. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Direitos das coisas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e incorporações. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. Condomínio e Incorporações. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Incorporação Imobiliária. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, n.4, p.18, jul./dez.1979.

_____. Instituições de direito civil. Vol. IV. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PITÃO, José António de França. Propriedade horizontal – anotações aos artigos 1.414.º a 1.438º-A do Código Civil. Coimbra: Almedina, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista Jurídica, São Paulo, n. 243. p. 5-17, 1998.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. O condomínio edilício e o registro de imóveis. SAFE: Porto Alegre, 2003.

SCHMIDT, Francisco Arnaldo. Condomínio Horizontal de Lotes – Novo Direito Imobiliário e Registral – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Incorporação Imobiliária. Porto Alegre: Secovi/RS, 1.995.

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo, nº 21, 1988.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Condomínio edilício no Brasil – noções e algumas questões controvertidas. Coimbra: Coimbra editora. 2º Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral. Centro de Estudos Notariais e Registrais / Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2009.

VALENTE, João Torroaes; REBELO, Maria Goreti. Loteamento VS Propriedade Horizontal. Revista Vida Imobiliária. Nº 91. Junho de 2005. Cidade do Porto. Portugal. Disponível em www.uria.com/esp/publicaciones/art.asp?id=40. Acesso em 10 de março de 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.