

## ALGUMAS FACETAS DO CONDOMÍNIO EDILÍCIO E DA INCORPORAÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E NO REGISTRO DE IMÓVEIS

Valestan Milhomem da Costa \*

O condomínio é um dos mais vetustos institutos do direito. CAIO MÁRIO<sup>1</sup> dele faz referência como existente ao tempo de Roma, e mesmo antes, ao dizer que “não era, todavia, desconhecida em Roma, a superposição habitacional: ao contrário, conhecida e praticada. Não era indiferente ao direito: ao revés, observada e disciplinada. E não falta mesmo quem vá remontar à civilização pré-romana dos caldeus, no segundo milênio antes de Cristo, a divisão de prédio em planos horizontais.”

Talvez o mais antigo registro conhecido de um condomínio é o de Gênesis 11:1-5, referente à construção da Torre de Babel na planície de Sinear.<sup>2</sup> Visto que os construtores da Torre pretendiam nela habitar, dúvida não há de que todos os construtores se consideravam proprietários comuns daquela habitação inusitada.

Evidentemente, mesmo ao tempo de Roma, nenhum daqueles condôminos tinha a compreensão da possibilidade da individuação do direito condominial em planos horizontais como se tem hodiernamente. CAIO MÁRIO<sup>3</sup> ensina que “não tolerava o direito romano a divisão da casa por planos horizontais, por lhe parecer contrária aos princípios dominantes. Se a propriedade do solo projeta-se para o alto e vai *ad astra*, e se aprofunda chão adentro até o inferno – *ad inferos* –, faltava justificativa ali para a separação e autonomização dos direitos de quem acaso vivesse acima do proprietário do solo”.

Vê-se, desde logo, uma separação entre condomínio e condomínio edilício.

### 1. Condomínio voluntário e Condomínio edilício

Condomínio voluntário é a propriedade compartilhada entre duas ou mais pessoas sobre uma mesma coisa. Assim, sempre que duas ou mais pessoas se tornam co-proprietárias de uma mesma coisa, *pro divisa* ou *pro indivisa*, constitui-se um condomínio voluntário (arts. 1.314 a 1.322 do Código Civil). O condomínio voluntário nasce sempre de um ato transmissivo e/ou aquisitivo da propriedade. O condomínio voluntário não se constitui por ato próprio. Ele se constitui sempre como efeito de um título aquisitivo da propriedade, *inter vivos* ou *mortis causa*. O condomínio voluntário, portanto, é efeito do ato aquisitivo ou transmissivo da propriedade; é, também, um qualificativo da propriedade.

Mesmo o “condomínio necessário”, identificado como sendo o “condomínio por meação de paredes, cercas, muros e valas” (art. 1.327 CC), nasce do direito de propriedade e dispensa qualquer outro ato formal para sua constituição, tendo o pagamento que um condômino (veja-se que já é condômino) faz ao outro para utilização da parede, cerca, muro ou vala construídos, tão-somente natureza indenizatória das despesas que o outro realizou, evitando-se o “enriquecimento sem causa”, e não aquisitiva da comunhão. Tanto que aquele que realizou as despesas não poderá negar-se ao recebimento da indenização com o fito de impedir a utilização comum da benfeitoria pelo vizinho comunheiro, pois o direito deste de indenizar é assegurado pela sua qualidade de proprietário.

O condomínio edilício, a seu turno, nada tem a ver com a existência de uma co-propriedade. Ele diz respeito à existência *individualizada* de diversas unidades construídas sobre um mesmo terreno. As diversas unidades podem pertencer a um só dono, ou a vários. O condomínio edilício, portanto, prescinde de uma co-propriedade, mas exige sempre a existência de mais de uma unidade construída sobre o mesmo solo. O condomínio edilício

nasce mediante a instituição do condomínio, ato autônomo, de natureza contratual, cujo efeito é a individualização e discriminação das unidades, tornando-as emancipadas do solo e das demais unidades entre si, de sorte a ter cada unidade tratamento independente no mundo jurídico, mantendo as unidades, porém, com o solo e com as demais áreas não individualizadas do solo, chamadas “comuns”, uma ligação ideal, e respondendo, na proporção dessa idealidade, pelas obrigações comuns, com a adição daquelas que lhe são afetas em regime individual.

Entre nós, a instituição de condomínio teve lugar incipiente no Dec. nº 5.481, de 1928. Mas, foi com a Lei nº 4.591/64 que a matéria referente ao condomínio edilício, ou seja, condomínio de unidades autônomas, teve sua regulamentação final. Atualmente, a matéria se encontra regulada nos arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil sem prejuízo das disposições da Lei 4.591/64, como se pode ver da ressalva do art. 1.332, *caput, in fine*, do Código Civil.

## **2. Edificação e Condomínio edilício**

O Código Civil (art. 1.331) diz que “pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.”

A princípio, parece haver confusão entre edificação e condomínio, ou, até mesmo, uma falha técnica na redação do mencionado artigo, o que pode levar até os mais atentos juristas a erro interpretativo, como vem ocorrendo.

CHALHUB<sup>4</sup> registra crítica à locução verbal “pode haver” constante do artigo 1.331 do Código Civil. Questiona o consagrado jurista: “Por que ‘pode haver’ e não haverá? Ora, o condomínio por unidades autônomas em edifícios se forma, necessariamente, pela conjunção dessas duas propriedades, a exclusiva e a comum, e necessariamente há, em todo condomínio dessa natureza, partes que são de propriedade comum e partes que são de propriedade exclusiva; sem a conjunção dessas duas modalidades de propriedade jamais poderia existir edifício composto por unidades autônomas dispostas em dois ou mais pavimentos. A coexistência de partes privativas + partes comuns é da natureza desse tipo de edifício; logo, em edificações coletivas *haverá* partes que são de propriedade exclusiva e partes que são de propriedade comum.”

É bem verdade que o eminente professor tem inteira razão na identificação dos elementos indispensáveis à caracterização de um *condomínio por unidades autônomas*, qual seja, necessariamente, áreas exclusivas e comuns.

Porém, não se pode esquecer que uma coisa é a edificação; outra, o condomínio. A simples construção de um edifício não o torna um condomínio, composto de áreas exclusivas e comuns. Ou seja: não o torna um condomínio por unidades autônomas. A discriminação dessas áreas nasce da instituição do condomínio (art. 1.332 CC), ato autônomo - prévio, concomitante ou posterior à edificação (v.g., testamento – art. 1.332, *caput*, CC) -, e que, via de regra, se presta a dar utilização individuada às unidades e a partilhar, entre os usuários das áreas privativas, a qualquer título, os bônus e ônus das áreas comuns.

Como exemplo de edificações constituídas fisicamente de áreas identificáveis como exclusivas e comuns, sem terem, porém, essa qualificação técnico-jurídica, por falta da instituição do condomínio e da utilização das diversas partes do prédio por pessoas distintas, pode-se mencionar os prédios dos Ministérios, do Banco Central do Brasil, da Caixa Econômica Federal, do Banco do Brasil, todos em Brasília. Nesses casos, embora diversas pessoas transitem por todo o prédio e muitas delas permaneçam a trabalhar em áreas

delimitadas do prédio, a utilização do prédio é de uma única pessoa – de direito público ou de direito privado, e não se têm, necessariamente, áreas privativas e comuns; mas, apenas, áreas restritas.

Além de prédios públicos, pode-se mencionar outros exemplos, como os edifícios pertencentes a grandes empresas, cujos prédios se destinam ao exclusivo desempenho de sua atividade empresarial. Será que, nesses casos, as empresas fazem a instituição do condomínio dos prédios? Haveria, nesses casos, áreas privativas e comuns, no sentido técnico-jurídico, ou apenas áreas restritas, ou de uso restrito, a determinados fins?

Aliás, esse já era o entendimento de CAIO MÁRIO<sup>5</sup> ao dizer que “um prédio dividido em apartamentos autônomos, onde todos pertencem a um só dono, não constitui propriedade horizontal. Um prédio recebido em comum por diversos herdeiros, não obstante formar-se de apartamentos independentes, é propriedade (individual ou coletiva) regida pelo Código Civil. Propriedade horizontal haverá no momento em que, por *destinação do proprietário* ou por *convenção* entre co-proprietários, se institua, com subordinação às exigências da lei especial [...]”. (Grifos do original).

Assim, vislumbrando-se hipóteses como as elencadas, em que o proprietário não fará a instituição do condomínio, por ser desnecessária aos fins para os quais o edifício foi construído, é que cabe lugar a locução verbal do artigo 1.331 do Código Civil.

### **3. Maneiras de Instituição do Condomínio Edifício**

A ementa da Lei nº 4.591/64 anuncia o conteúdo do diploma legal dizendo que ela “dispõe sobre o *condomínio em edificações* e as *incorporações imobiliárias*”. Ou seja: a lei trata dos condomínios edifícios (matéria parcialmente regulada pelo Código Civil, nos arts. 1.331 a 1.358) e das incorporações imobiliárias.

A respeito do condomínio edifício, já se esclareceu que o mesmo não nasce da simples construção. Pode-se ter um edifício sem necessariamente se ter um condomínio edifício. Somente o ato de instituição do condomínio torna a construção um condomínio edifício.

A instituição do condomínio, porém, pode ocorrer de diferentes maneiras e em diferentes momentos, dependendo do objetivo dos respectivos proprietários. Vejamos alguns exemplos:

A - um proprietário resolve construir sobre o seu terreno um empreendimento com diversas unidades, seja um prédio de apartamentos, salas e lojas, sejam várias casas térreas ou assobradadas. Com isso em mente, apresenta projeto na prefeitura respectiva e obtém a aprovação do projeto, licença de obra, faz a matrícula da obra no INSS para o recolhimento dos encargos previdenciários devidos, contrata pessoal, etc; enfim, constrói o empreendimento. Feito isso, requer o habite-se e a CND do INSS para fins de averbação da obra no Registro de Imóveis.

Tempos depois, resolve vender uma das unidades do seu empreendimento. Para isso, obrigatoriamente, deverá fazer a instituição do condomínio, pois sem ela as unidades construídas não existem como unidades autônomas, e, assim, não podem ser negociadas individualmente. A instituição de condomínio, nesse caso, ocorrerá nos termos do art. 7º da Lei 4.591/64 (art. 1.332 do Código Civil).

B – outro proprietário de um terreno resolve fazer o mesmo que o proprietário mencionado no exemplo A, tomando as mesmas providências preliminares à construção. Porém, antes de

iniciar as obras, quer individualizar as unidades, instituindo o condomínio. Nesse caso, além do projeto aprovado, o proprietário deverá providenciar o instrumento de instituição do condomínio, identificando o empreendimento com os elementos constantes das alienas “a”, caso se trate de casas térreas ou assobradadas, ou “b”, caso se trate de edifícios de dois ou mais pavimentos, “c” e “d” do art. 8º da Lei 4.591/64 (hipótese açambarcada genericamente no art. 1.332, *caput, in fine*, do Código Civil). Feito isso, o instrumento de instituição de condomínio deverá ser registrado na matrícula do imóvel. Após a conclusão das obras, o proprietário providenciará o “habite-se” e a CND do INSS e promoverá a averbação da construção, em número seguinte ao do registro da instituição. Nessa hipótese, ou seja: instituição de condomínio de unidades em construção por proprietário único, deve-se aguardar a averbação do “habite-se” para proceder à abertura das matrículas das unidades autônomas, visando-se não onerar desnecessariamente a averbação da construção do empreendimento.

C – vários proprietários de um mesmo terreno resolvem construir sobre este um empreendimento com várias unidades, de sorte que a cada um deles fique pertencendo uma unidade autônoma. Assim como os proprietários dos exemplos A e B, tomam todas as medidas preliminares à construção. A seguir, e, antes mesmo de iniciarem as obras, resolvem definir que unidade caberá a cada um deles. Para esse fim, fazem a instituição do condomínio - medida indispensável à individualização das unidades, observando-se os passos mencionados no exemplo B, e, no mesmo instrumento, se quiserem, fazem a **DIVISÃO AMIGÁVEL** do imóvel, atribuindo-se a cada um dos condôminos, em pagamento do seu quinhão no terreno e na construção, uma unidade específica, e onde os condôminos darão, uns aos outros, quitação recíproca de seus anteriores direitos sobre o terreno como um todo. O fundamento jurídico da instituição de condomínio, nesse caso, é o mesmo art. 8º da Lei 4.591/64, e, o da divisão amigável, o art. 1.320 do Código Civil. Havendo a divisão amigável, dúvida não há de que a abertura das matrículas deve ocorrer concomitantemente ao registro da instituição do condomínio para viabilizar o registro da divisão amigável em cada uma das matrículas. Nesse caso, após a conclusão das obras, a averbação da construção será feita em cada uma das matrículas das unidades.

É relevante destacar que, se a divisão amigável for feita no mesmo instrumento de instituição de condomínio, ***via de regra*** deverá ser adotada a Escritura Pública, tendo em vista que a divisão amigável é negócio jurídico de direito real sobre imóvel, sujeitando-se, portanto, ao disposto no art. 108 do Código Civil.

Ainda sobre a Escritura de Divisão Amigável mencionada na letra C, alguns costumam denominá-la de “Escritura de Discriminação de Unidades em Condomínio”, ou de “Escritura de Discriminação Amigável”, ou de “Escritura Declaratória de Discriminação de Unidades”, o que se revela um equívoco, pois a discriminação das unidades é feita na Instituição do Condomínio, e não na partilha da propriedade entre os condôminos. Aliás, aquela é requisito para esta. Ademais, o art. 1.320 do Código Civil se refere à “divisão da coisa” como forma da extinção do condomínio voluntário, e sendo essa divisão por consenso dos condôminos, manifesta-se mais apropriado denominá-la “Divisão Amigável”.

Nas hipóteses das letras B e C, cabe ressaltar, ainda, que durante a construção nenhuma unidade poderá ser negociada, sob pena dos condôminos instituidores responderem também como INCORPORADORES, conforme estabelecem os artigos 29 e 30 da Lei 4.591/64, subrogando-se os condôminos, nesse caso, nas obrigações do incorporador, conforme definidas no Título II, Capítulo II, da Lei 4.591/64. Aliás, na hipótese da letra C, a Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, art. 482, § 1º, estabelece que: “Havendo condomínio previsto no Código Civil e pretendendo os proprietários, promitentes compradores, promitentes cessionários ou cessionários erigir

edificação composta por mais de uma unidade, deverá o oficial exigir a discriminação prévia das frações do terreno [INSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO] e que estabeleçam a quem pertencerão as unidades depois de construídas [DIVISÃO AMIGÁVEL], obedecida a proporção da fração de que cada um é detentor, *com a obrigação de que só transferirão o imóvel ou direitos a ele relativos após a concessão do “habite-se”*, por se tratar de condomínio fechado.” (Grifos e textos entre parênteses acrescentados).

Pelo disposto na norma da Corregedoria do Rio de Janeiro, acima transcrita, vê-se que, se a instituição do condomínio for feita antes da construção e havendo o condomínio previsto no Código Civil, ou seja, mais de um proprietário do terreno, a instituição deverá ser feita juntamente com a divisão amigável das unidades, obedecendo-se à fração que cada condômino tenha no terreno, sendo, contudo, defesa a realização de negócios das unidades enquanto não concluída a construção, em virtude da instituição, nesse caso, não atender ao disposto no art. 32 da Lei 4.591/64, que é requisito essencial para negociar unidades durante a construção sem incorrer em ilícito.

D – um proprietário (ou promissário, ou cessionário) de um terreno resolve *incorporar a construção* de um empreendimento com diversas unidades autônomas para venda antes ou durante a construção, obedecendo-se aos termos do art. 32 da Lei 4.591/64. Nesse caso, o memorial de incorporação, devidamente registrado, produz, dentre outros efeitos, a instituição do condomínio, pois implica, necessariamente, na individualização das unidades para venda a terceiros, e a individualização das unidades nada mais é do que instituição de condomínio. Vejamos:

O art. 1.332 do Código Civil diz: “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, estremada 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”.

O art. 32 da Lei 4.591/64 diz: “O incorporador somente poderá negociar sobre **unidades autônomas** após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: [...] d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes; e) *cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade, a respectiva metragem de área construída*; [...] i) *discriminação das frações ideais de terreno, com as **unidades autônomas** que a elas corresponderão*; [...]”.

Do cotejo dos artigos acima, fica claro que a incorporação imobiliária atende às exigências legais impostas à instituição do condomínio, tanto que o *caput* do art. 32 da Lei 4.591, bem como a letra “i” do referido artigo, ao falar das unidades integrantes da incorporação as menciona como **unidades autônomas**, o que implica a discriminação e a individualização das unidades, caracterizando-se um condomínio edilício.

Porém, há quem entenda que o registro do Memorial de incorporação não supre a instituição do condomínio, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 4.591/64. Nesse sentido é o Parecer do Exmo. Dr. CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, Juiz Auxiliar da Corregedoria do Estado de São Paulo, de 12 de agosto de 1994, no **Processo CG 1.403/94 - Campinas - Interessada: Construtora Samuel Rubinsky Neto Ltda. x Oficial do 1.º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca.**

Segundo o eminente magistrado, “o registro da incorporação serve antes de tudo a viabilizar o início da negociação das unidades autônomas a serem erigidas, com garantia e segurança dos adquirentes”, e que, “evidentemente, tal registro em nada se relaciona com o nascimento jurídico destas unidades do condomínio, ainda não instituído”, posto que, “na linguagem de CAIO MÁRIO, ‘o contrato de incorporação extingue-se com a conclusão da edificação ou do conjunto de edificações e sua entrega aos adquirentes em condição de habitabilidade, considerada esta expressão no sentido de sua utilização’ (“Incorporação Imobiliária”, Revista do IRIB, vol. 4/17)”, acrescentando, “por fim, também acerca da indispensabilidade do registro de que aqui se cuida, que o previu o art. 167, I, 17, da Lei 6.015/73, realce-se, para as hipóteses de incorporação e igualmente para os casos de edificações sem incorporação, desde que se trate de condomínio horizontal, como bem ressalvado por Valmir Pontes, in Registro de Imóveis, Saraiva, 1982, p. 24”, e mais, ainda, que, “segundo disposição expressa do art. 44 da Lei 4.591/64, ‘após a concessão do ‘habite-se’ pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer 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 desta obrigação. Ou seja. A averbação da construção, de que trata o art. 44 da Lei 4.591/64, além de seu objetivo comum de levar ao Registro edificação que se faça sobre terreno, no caso serve ainda a individualizar e discriminar as unidades autônomas do prédio”.

Em apoio do seu entendimento, invoca, ainda, o insigne magistrado, a título de exemplo, “o ac. 1.846-0, quando assenta que “no condomínio em edifícios, enquanto incoerrem o registro da especificação, que representa ‘um autêntico procedimento divisório entre os comunistas’ (cf. J. NASCIMENTO FRANCO e N. GONDO, Condomínio em Edifícios, RT, 2.<sup>a</sup> ed., 1978, p. 51) e a averbação da construção do prédio, para efeito da jurídica individualização e discriminação das unidades autônomas, não há que se cogitar da realidade física dos apartamentos, que, destarte, como unidades geodésicas futuras, dependentes de providências ulteriores, não podem ser objeto de negócios e nem assim matriculados” (g.n.)”, bem como que “de idêntico jaez há decisão segundo a qual “os instrumentos apresentados, na medida em que transpiram negócios jurídicos sobre os próprios apartamentos, têm seu registro condicionado ao registro prévio da instituição, especificação e convenção do condomínio e averbação da construção (art. 167, I, 17 e 18, e II, 4, da Lei de Registros Públicos)” (ap. 286.693, g.n.)”.

No mesmo sentido, CHALHUB, debaixo da rubrica “**1.3. A dinâmica da incorporação**”, ao ‘identificar alguns aspectos básicos da estruturação e do desenvolvimento da incorporação’<sup>6</sup> termina por dizer que “uma vez concluída e averbada a construção no Registro de Imóveis, com a conseqüente individualização das unidades autônomas, deverá ser instituído o condomínio especial, cujas características encontram-se estabelecidas nos arts. 1º ao 4º da Lei nº 4.591/64”.<sup>7</sup>

*Data maxima venia*, uma análise mais abrangente dos efeitos da incorporação imobiliária, nos termos do art. 32 da Lei nº 4.591/64, demonstra ser **desnecessária a exigência de ato autônomo de instituição do condomínio**, e seu conseqüente registro, **depois de já se ter registrado o memorial de incorporação**, ainda que tal exigência resulte em vantagem financeira para quem quer que seja.

É bem verdade que a incorporação imobiliária, em sentido estrito, vigora tão-somente até a conclusão das obras, encerrando-se algumas obrigações do incorporador com a averbação do “habite-se” no Registro de Imóveis, como a de custear “a construção das unidades que não tenham tido a responsabilidade pela sua construção assumida por terceiros e até que o tenham” (art. 35, § 6º, Lei 4591/64). Mas não se pode negar que, desde o seu registro no Ofício Imobiliário, a incorporação produz efeitos que ultrapassam as obrigações do incorporador durante a construção, pois, como bem esclarece CHALHUB<sup>8</sup>, “é o registro [DA

INCORPORAÇÃO] que legitima o incorporador a empreender sua atividade empresarial de oferta pública das frações ideais do terreno e das acessões que corresponderão às futuras unidades imobiliárias”. (Entre colchetes, acrescentado).

Evidentemente, tal “atividade empresarial” – e *não estamos aqui tomando o termo com a acepção do Código Civil* –, não cessa com a averbação da construção do empreendimento, pois, além da obrigação de construir as unidades, o incorporador tem outras responsabilidades decorrentes da incorporação, envolvendo aspectos fiscais relativos aos valores recebidos em razão dos negócios de compra e venda das unidades, antes e após as obras; a obrigação de outorgar os contratos definitivos em cumprimento das promessas de venda; o direito de rescindir qualquer daqueles contratos e de revender a unidade retomada, dentre outras.

Especificamente em relação às vendas das unidades autônomas, às quais correspondem frações ideais do terreno e demais áreas comuns, cabe ressaltar que tais vendas não seriam possíveis se a incorporação não tivesse o condão de instituir o condomínio em construção, individualizando e especificando as unidades objeto dos contratos de promessa de compra e venda e/ou de compra e venda, pois até que a instituição do condomínio seja feita nenhuma unidade poderá ser vendida isoladamente exatamente pela ausência de sua individualidade.

Na realidade, se a incorporação imobiliária não produzisse a instituição do condomínio, não se poderia falar em promessa de compra e venda ou em compra e venda de fração ideal do terreno e da respectiva unidade autônoma, devidamente identificada e localizada dentro do empreendimento, sejam casas térreas ou assobradas sejam unidades em edifícios de dois ou mais pavimentos. Não se teriam promissários ou compradores de unidades autônomas, mas meros adquirentes de uma fração ideal indistinta, constituindo-se, na realidade, o condomínio voluntário do Código Civil (arts. 1.314 a 1.322), e estariam os condôminos sujeitos àquelas regras, como o direito à preempção do art. 1.322.

De fato, a incorporação imobiliária descaracteriza o condomínio voluntário. O que se tem é um condomínio edilício, com unidades autônomas, o que significa dizer: independentes entre si; e demonstra que o registro da incorporação tem como efeito a instituição do condomínio.

Basta pensar na hipótese do incorporador vender todas as unidades à vista no lançamento do empreendimento. Que tipo de escritura será feita aos adquirentes? Considerando-se que o incorporador seja o proprietário do terreno, e não um promissário, por exemplo, serão feitas **ESCRITURAS DE COMPRA E VENDA DAS FRAÇÕES IDEAIS E DAS FUTURAS UNIDADES AUTÔNOMAS QUE A ELAS CORRESPONDERÃO** (arts. 1º, *caput*, 9º, *caput*, § 2º do art. 10; § 2º do art. 32, da Lei 4.591/64; art. 483 Código Civil). E onde serão registradas as escrituras de compra e venda das unidades autônomas? Cada uma delas será registrada em matrícula própria, correspondente à unidade em construção e respectiva fração ideal do terreno negociada.

Nesse sentido, a Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça do Rio de Janeiro, art. 482, *caput*, estabelece: “A matrícula de unidade autônoma condominial em construção ou a construir, decorrente de incorporação imobiliária, será aberta quando do primeiro registro a ela referente”.

Tal disposição normativa, a toda evidência, não tem o propósito de estabelecer que a instituição do condomínio ocorre por ocasião do primeiro registro da negociação da unidade autônoma objeto da incorporação, até por que não pode haver instituição de condomínio para individualizar uma única unidade do seu conjunto; mas, na realidade, **visa determinar a obrigatoriedade da abertura da matrícula em razão da individualização da unidade**

**como efeito da incorporação.** Sendo cada unidade autônoma, ou seja, distinta das demais, não poderá ter seus registros lançados em matrícula coletiva, ou seja, aquela do terreno, onde foi registrada a incorporação imobiliária, pois “cada imóvel terá matrícula própria” (art. 176, § 1º, I, Lei 6.015/73), e sendo cada unidade autônoma um imóvel, cada uma delas precisa ter sua própria matrícula.

Essa individualização, à parte do registro da primeira negociação da unidade autônoma objeto da incorporação, está assente, ainda, no § 3º do art. 482 da mencionada Consolidação Normativa, onde diz: “A matrícula de cada unidade poderá ser aberta de ofício, sem despesa para os interessados, logo *após o registro dos memoriais* de loteamento e *de incorporação* e da averbação de desmembramento”. (Original sem grifo).

Assim, como abrir todas as matrículas, tratar cada unidade individualmente, registrar cada um dos negócios com essas unidades em matrículas próprias sem conceber que a incorporação tem o condão de instituir o condomínio? Há cabimento exigir, nesse caso, a instituição de um condomínio? Pra quê propósito serviria essa instituição de condomínio? Pra dizer que cada unidade, *doravante*, será tratada como unidade autônoma? Mas já não o era? Então, qual o fundamento – jurídico ou não – da instituição de condomínio quando se tem a incorporação?

CAIO MÁRIO, um dos autores do projeto de lei que resultou na Lei nº 4.591/64, ao enumerar diversos exemplos de instituição de condomínio, registra que “H – a *incorporação* de um prédio, por pessoa física ou jurídica, que adquire o terreno e realiza a edificação, vendendo a vários condôminos as unidades autônomas, com as quotas ideais respectivas, *é outra maneira*. Esta, aliás, é a modalidade mais corrente, que propositadamente deixamos para mencionar em último lugar”,<sup>9</sup> (sem grifo na última parte), e, mais, “a lei do *Condomínio e Incorporações* não deixa alternativa: somente poderá negociar unidades o incorporador após ter arquivado a documentação referida (art. 32). E, dentro desta, ressalta a discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a ela corresponderão (alínea *i*).”<sup>10</sup> (Sublinhamos).

Acerca da previsão do art. 167, I, 17, da Lei nº 6.015/73, de que na matrícula do imóvel será feito o registro “das incorporações, instituições e convenções de condomínio”, que o insigne parecerista aponta como indicativa da obrigatoriedade da instituição “para as hipóteses de incorporação e igualmente para os casos de edificações sem incorporação, desde que se trate de condomínio horizontal”, cabe destacar: não há nada no mencionado dispositivo que indique haver obrigatoriedade de instituição de condomínio quando houver a incorporação imobiliária. O que há é a previsão do registro de uma e de outra situação. Tanto a incorporação como a instituição do condomínio são registráveis, sem que a segunda tenha que ocorrer mesmo com o registro da primeira. Apenas no que se refere ao registro da Convenção de Condomínio, pode-se falar de sua pertinência em ambos os casos, posto que, tanto na incorporação como na instituição de condomínio, à parte da incorporação, haverá a necessidade de uma convenção de condomínio, que deverá ser registrada para operar efeitos contra terceiros (art. 1.333, parágrafo único). A obrigatoriedade da convenção se justifica, ainda, em razão de servir a propósito distinto da instituição do condomínio, seja esta integrante da incorporação seja constituída em ato apartado da incorporação.

Basta imaginar que, se fosse possível impingir a obrigatoriedade do registro da instituição do condomínio, quando houver a incorporação imobiliária, pela simples menção da incorporação e da instituição de condomínio no nº 17, I, art. 167, da Lei 6.015/73, estaríamos diante de um sério problema, uma vez que haveríamos de concluir que a mesma interpretação se estenderia para os nºs. 24, 26 e 29, por exemplo, do mesmo inciso I, art.167 da Lei Registrária, exigindo-se a prática de todos os atos mencionados nesses números para que o ato de transmissão se aperfeiçoasse, por uma questão lógico-interpretativa.



Por último, a doutrina invocada pelo ilustre magistrado de que "no condomínio em edifícios, enquanto incoerrem o registro da especificação [...] e a averbação da construção do prédio, *para efeito da jurídica individualização e discriminação das unidades autônomas*, não há que se cogitar da realidade física dos apartamentos, que, destarte, como unidades geodésicas futuras, dependentes de providências ulteriores, *não podem ser objeto de negócios e nem assim matriculados*" (g.n.), **não parece aplicar-se à incorporação imobiliária**, posto que, como visto, **a incorporação produz a individualização das unidades antes mesmo do “habite-se” e ocorre exatamente para a negociação individualizada de cada unidade antes mesmo do início da sua construção (art. 28, parágrafo único, da Lei 4.591/64)**, não sendo cabível, igualmente, aplicar-se à hipótese da incorporação, “[...] decisão segundo a qual “os instrumentos apresentados, na medida em que transpiram negócios jurídicos sobre os próprios apartamentos, *têm seu registro condicionado ao registro prévio da instituição, especificação e convenção do condomínio e averbação da construção*”, **posto que a própria Lei nº 6.015/73, art. 167, I, 18, autoriza o registro** “dos contratos de promessa de venda, cessão ou promessa de *unidades autônomas condominiais* a que alude a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, quando a *incorporação ou a instituição* de condomínio se formalizar na vigência desta Lei”, estando a disposição da Lei Registrária **em perfeita sintonia com o disposto no art. 32, § 2º da Lei 4.591/64**. (Itálicos acrescentados).

Portanto, incorporação imobiliária e instituição de condomínio são institutos que atendem finalidades distintas, mas que se prestam, dentro de suas finalidades, a promover a individualização das unidades pelos próprios atos que as constituem: o memorial de incorporação **ou** o instrumento de instituição de condomínio, não podendo haver a exigência desta quando aquela já ocorreu. No máximo, pode-se atribuir a qualidade de incorporador àquele que instituiu o condomínio e negociou unidades autônomas sem atender o disposto no art. 32 da Lei 4.591/64, conforme estabelecem os artigos 29, *caput* e Parágrafo único, e 30 da Lei das Incorporações.

#### **4. O art. 44 da Lei nº 4.591/64 torna obrigatória a instituição do condomínio quando houver incorporação imobiliária?**

Diz o mencionado dispositivo: “Após a concessão do “habite-se” pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer 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”.

Dúvida não há de que o incorporador deverá providenciar a averbação do “habite-se” concedido pela autoridade administrativa competente, sendo essa uma das suas obrigações.

Dúvida também não há, de que, enquanto não realizada a averbação do “habite-se”, as unidades não nascem para o mundo jurídico, ainda que já existam no plano material e esteja instituído o condomínio, pois a incorporação imobiliária ou a instituição de condomínio em si seriam, no caso, o que se poderia chamar de uma “ecografia predial”, ao passo que o “habite-se” representa a “certidão do nascimento” das unidades “geradas”.

Do mesmo modo, não resta dúvida de que a instituição do condomínio, inclusive aquela decorrente da incorporação, não se aperfeiçoa antes da averbação do “habite-se”, pois não se pode conceber que um condomínio projetado, cujas unidades não foram construídas, seja efetivamente um condomínio, pois o condomínio especial somente tem existência jurídica com a *existência – de fato* - da construção das unidades autônomas, o que se comprova com a averbação do “habite-se”, e não com o projeto aprovado da construção das unidades. Ou seja:

o simples registro da incorporação ou da instituição do condomínio, esta, à parte da incorporação, de unidades a serem construídas, não encerra a existência jurídica do condomínio edilício. É preciso que seja averbado o “habite-se” para que as unidades deixem de ser coisas idealizadas e se tornem coisas concretas.

Assim, ao estabelecer que após a expedição do “habite-se” “o incorporador deverá requerer a averbação da construção das edificações, *para efeito* de individualização e discriminação das unidades”, não se pode achar que o art. 44 da Lei 4.591/64 esteja estabelecendo a obrigatoriedade de se fazer uma instituição de condomínio para as unidades incorporadas, até porque, se a instituição visa à individualização das unidades, e isso é feito com o registro do memorial de incorporação, tal instituição cairia no vazio. O que o referido artigo está determinando é a obrigatoriedade da averbação da construção *para efeito* de instituição e discriminação das unidades, ou seja: para que a instituição e discriminação das unidades, previamente realizadas, se consolidem, se tornem definitivas, uma vez que, repita-se, a instituição do condomínio edilício somente se aperfeiçoa com a construção efetiva das unidades, qualquer que seja a modalidade da instituição do condomínio.

Estas são algumas das maneiras de instituição de condomínio edilício. Porém, ainda que outras maneiras possam ser citadas, todas girarão em torno das três modalidades aqui apresentadas: (tipo A) condomínio edilício de unidades construídas e averbadas (art. 7º da Lei 4.591/64 e art. 1.322 CC); (tipos B e C) condomínio edilício de unidades a serem construídas, ou em construção, sem incorporação imobiliária (art. 8º da Lei 4.591/64); (tipo D) condomínio edilício de unidades a serem construídas, ou em construção, com incorporação imobiliária (art. 28, *caput* e Parágrafo único, e art. 32 da Lei 4.591/64).

Quanto à instituição de condomínio mediante a incorporação, porém, é relevante mencionar aquela na qual o incorporador adquire o terreno e se compromete a pagar o preço mediante dação em pagamento de unidades a serem construídas, em razão dos tipos de contratos que se costumam realizar, alguns dos quais produzindo efeitos diversos dos pretendidos pelos contratantes.

## **5. Incorporação com pagamento do terreno através de unidades a serem construídas**

O art. 39 da Lei 4.591/64 diz: “Nas incorporações em que a *aquisição do terreno* se der com pagamento total ou parcial em unidades a serem construídas, deverão ser discriminadas em todos os documentos de ajuste: I – a parcela que, se houver, será paga em dinheiro; II – 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. Parágrafo único. Deverá constar, também, de todos os documentos de ajuste, se o *alienante do terreno* ficou ou não sujeito a qualquer prestação ou encargo”. (Grifos acrescentados).

O dispositivo transcrito contempla a aquisição de um terreno cujo pagamento se dará em unidades a serem construídas pelo incorporador.

A questão é: deve o alienante reservar para si um percentual do terreno correspondente às frações ideais das unidades a serem construídas e dadas em pagamento, ou deve vender todo o terreno? Qual a diferença entre um e outro modo de contratar?

A primeira hipótese significa o seguinte: ao invés do incorporador adquirir o terreno e atribuir em ‘todos os documentos de ajuste a quota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno, mencionando-se a área das unidades em metros quadrados’, e, evidentemente, a fração ideal a elas correspondente, ele faz escritura tão-somente do

percentual do terreno que corresponderá ao empreendimento deduzindo-se a parte que será dada em pagamento. Ou seja: se as unidades que serão dadas em pagamento corresponderem a 15% (quinze) do empreendimento, faz-se escritura apenas de 85% (oitenta e cinco) do terreno para o incorporador.

Entendemos que esse não é o melhor caminho para quem vende o terreno com o fito de receber o pagamento através de unidades autônomas a serem construídas - aliás, verdadeira permuta - , nem para quem compra o terreno com o propósito de fazer a incorporação. Além disso, não é a solução apontada pela lei, evidentemente por ser inadequada às regras da incorporação imobiliária, pelo que segue:

Diz o art. 31 da lei em comento: “A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que **somente poderá ser: a) o proprietário do terreno** (e não apenas de parte dele), **o promitente-comprador, o cessionário deste ou promitente-cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;** b) o construtor [...] ou corretor de imóveis [...]. § 1º **No caso da alínea b** (ou seja: se não for o proprietário do terreno), **o incorporador será investido, pelo proprietário do terreno,** o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta Lei e se transcreva o disposto no § 4º do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais de terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador”.

O art. 32 assevera: **O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado,** no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: a) **título de propriedade do terreno,** ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta, do qual conste cláusula de **imissão na posse do imóvel,** não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado.

O que se pode perceber dos mencionados artigos é que a incorporação deve ser feita por aquele que seja proprietário ou titular de um direito real aquisitivo sobre todo o terreno. Somente nessa condição poderá ser incorporador, seja diretamente seja através de procurador, nas hipóteses da letra “b” do art. 31. Isso ocorre porque a incorporação é UNA: todas as unidades integrantes da edificação estão idealmente ligadas a uma fração ideal do terreno como um todo. As unidades que pertencerão ao alienante do terreno não têm sua fração calculada sobre apenas 15% (quinze por cento) do terreno nem as unidades que serão negociadas pelo incorporador terão sua fração ideal calculada apenas sobre 85% (oitenta e cinco por cento) do terreno. O cálculo das frações ideais correspondentes às unidades autônomas é feito em relação a 100% (cem por cento) do terreno, salvo, evidentemente, nas hipóteses em que há várias edificações (prédios) sobre uma mesma projeção, casos em que a fração ideal é calculada apenas em relação à área ocupada pela edificação mais as áreas comuns (play ground, piscina, quadras de esporte, etc), de utilização exclusiva dos condôminos daquele edifício. Ainda assim, os incorporadores serão os proprietários de todo o terreno.

Assim, visto que a cada unidade autônoma corresponderá uma fração ideal sobre todo o terreno, não se pode admitir que alguém sendo proprietário apenas de 85% (oitenta e cinco por cento) do terreno negocie frações ideais sobre 100% (cem por cento) do terreno, ainda que tais negociações digam respeito exclusivamente às unidades teoricamente pertencentes ao incorporador.

Desta feita, no exemplo acima, em que o incorporador adquire apenas 85% (oitenta e cinco por cento) do terreno, este não poderá incorporar sozinho sobre todo o terreno. Ao contrário: a

incorporação haverá de ser feita também pelo proprietário dos outros 15% (quinze por cento), uma vez que, com a venda dos 85% (oitenta e cinco por cento) do terreno, forma-se um condomínio voluntário, nos termos do Código Civil.

Nesse caso, para amainar o problema, serão necessárias duas providências básicas: 1) tão logo seja registrado o memorial de incorporação – onde os incorporadores serão o alienante e o adquirente -, deve-se fazer uma Escritura de Divisão Amigável das frações ideais de sorte que se possa identificar quais as unidades ficarão pertencendo ao proprietário de 15% (quinze por cento) do terreno e quais as unidades ficarão pertencendo ao proprietário de 85% (oitenta e cinco por cento) do terreno. Essa providência é especialmente importante para que o incorporador - propriamente dito - possa negociar livremente as unidades que lhe forem atribuídas, o que é indispensável para que possa realizar a construção do empreendimento; 2) realização, entre os incorporadores, de contrato de construção das unidades que ficarão pertencendo ao proprietário dos 15% (quinze por cento) do terreno, esclarecendo-se que o preço da construção já foi pago mediante a venda dos 85% (oitenta e cinco por cento) do terreno. Ademais, no memorial de incorporação deverá ser esclarecido que a obrigação da construção de todo o empreendimento será do proprietário dos 85% (oitenta e cinco por cento) do terreno.

Porém, na hipótese em comento, fica evidente que o proprietário dos 15% (quinze por cento) das frações ideais do terreno é incorporador, inclusive pelo fato de que pode livremente negociar as unidades autônomas que corresponderão às suas frações mesmo antes do proprietário dos 85% (oitenta e cinco por cento) negociar qualquer das suas frações e unidades, sem que precise tomar qualquer outra providência, nos termos da Lei 4.591/64, o que não poderia fazer se não fosse incorporador, sob pena de violação ao disposto no art. 32, sujeitando-se às cominações do art. 66, I, da Lei 4.591/64.

Por último, este modelo se complica quando, em vez de se fazer uma Escritura de Compra e Venda de parte do terreno, faz-se uma Escritura de Promessa de Compra e Venda. Nesse caso, em vez da divisão amigável, seria feita uma promessa de divisão amigável. Somente depois do promitente outorgar a escritura definitiva das frações correspondentes a 85% (oitenta e cinco por cento) do lote é que seria possível falar-se em divisão amigável. Esta complexidade se estenderia por todos os demais contratos firmados com os adquirentes das unidades em construção. Fica evidente que esse não é o melhor caminho!

O negócio contemplado no art. 39 da Lei 4.591/64 é de compra e venda do terreno com pagamento do preço mediante a dação de unidades autônomas. Portanto, **o contrato a ser firmado é de venda e compra de todo o terreno**, mediante escritura de Compra e Venda, onde se estabeleça que o preço do terreno será pago através das unidades autônomas tais e tais, a serem construídas, mencionado-se as características das unidades, constantes da minuta do memorial de incorporação, e a obrigatoriedade do ajuste constar do Memorial de Incorporação que será levado a registro no ofício competente, bem como o prazo para início e término das obras, tudo de acordo com o supracitado dispositivo legal.

Na mesma escritura, menciona-se a Confissão da Dívida do comprador, no valor correspondente ao preço de aquisição do terreno, podendo o vendedor exigir do comprador garantia real e/ou fidejussória, e, ainda, avalista ou fiança bancária, tudo de sorte a garantir o pagamento do preço do terreno.

Por último, pode-se convencionar na escritura que se as obras não se iniciarem dentro do prazo assinalado para desistência da incorporação (art. 34 da Lei 4.591/64), o negócio ficará desfeito, devendo o comprador devolver ao vendedor o imóvel, pagando as despesas de praxe

mais multa correspondente ao valor do aluguel do terreno no período decorrido desde a data da escritura até a sua rescisão, num valor previamente ajustado entre vendedor e comprador, sob pena de execução das garantias contratadas.

Ultimando-se a construção do empreendimento incorporado, comprovada com a averbação do “habite-se” no Registro de Imóveis, o incorporador e proprietário fará a Dação em Pagamento das unidades autônomas em favor do alienante do terreno, mediante Escritura Pública, na qual se dará quitação do preço do terreno para fins de averbação na matrícula onde consta o registro da incorporação.

Vê-se, assim, que a transferência da propriedade de todo o terreno para o incorporador, além de satisfazer a exigência legal, viabiliza a realização da incorporação sem qualquer embaraço, seja para o incorporador, seja para o alienante do terreno, seja para os adquirentes finais das unidades incorporadas.

## 6. Conclusão

A exposição aqui feita não encerra as diversas facetas do condomínio edilício e da incorporação no Registro de Imóveis. Sendo institutos que visam atender à dinâmica social da habitação, outras situações existem, como aquela em que o condomínio edilício tem apenas o solo como única área comum<sup>11</sup>, e novas aparecerão.

Contudo, é necessário que cada situação seja enfrentada com a máxima lucidez pelos profissionais do Direito, Notários e Registradores, sempre cômicos de seu relevante papel social de prevenir conflitos e dar segurança jurídica aos atos por eles praticados.

(\*) Tabelião e Oficial Substituto do 1º Serviço Notarial e Registral de Cabo Frio-RJ

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Condomínio e Incorporações. Forense: Rio de Janeiro, 10ª ed. 1999.

<sup>2</sup> Tradução do Novo Mundo das Escrituras Sagradas

<sup>3</sup> Op. cit. p. 61

<sup>4</sup> CHALHUB, Namem Melhim. Da Incorporação Imobiliária. Renovar: Rio de Janeiro – São Paulo – Recife, 2ª ed. 2005.

<sup>5</sup> Op. cit. p. 118

<sup>6</sup> Op. cit. p. 20

<sup>7</sup> Op. cit. 23

<sup>8</sup> Op. cit. p. 21

<sup>9</sup> Op. cit. (págs. 108 e 109)

<sup>10</sup> Op. cit. p. 105, § 3º

<sup>11</sup> Para essa hipótese, é lapidar o trabalho intitulado “CONDOMÍNIO EDILÍCIO TENDO O SOLO COMO ÚNICA ÁREA COMUM”, de EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO FILHO (*in*: IRIB, nº 951).