

**UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

CRISTIANO SALES DE MEDEIROS

**A IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO NÚMERO DE UNIDADES
CONDOMINIAIS, PREVISTO NO PROJETO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA,
SEM O CONSENSO UNÂNIME DOS ADQUIRENTES, NA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA IRREGULAR, NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
PROPRIEDADE**

PIRACICABA

2017

CRISTIANO SALES DE MEDEIROS

**A IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO NÚMERO DE UNIDADES
CONDOMINIAIS, PREVISTO NO PROJETO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA,
SEM O CONSENSO UNÂNIME DOS ADQUIRENTES, NA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA IRREGULAR, NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
PROPRIEDADE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de Conhecimento:

Direito Fundamental e da Propriedade

Orientador:

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida

PIRACICABA

2017

Ficha Catalográfica

Medeiros, Cristiano Sales de

A impossibilidade de alteração do número de unidades condominiais, previsto no projeto de incorporação imobiliária, sem o consenso unânime dos adquirentes, na incorporação imobiliária irregular, na perspectiva do direito fundamental à propriedade/ Cristiano Sales de Medeiros – 2017.
170 f.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida
Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba. 2017.

1. Propriedade. 2. Função social. 3. Incorporação imobiliária. 4. Contratos. 5. Projeto. 6. Registro. 7. Alteração. 8. Unanimidade. I Almeida, José Luiz Gavião de. II. Programa de Pós-graduação em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba. III. Título.

CRISTIANO SALES DE MEDEIROS

**A IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO NÚMERO DE UNIDADES
CONDOMINIAIS, PREVISTO NO PROJETO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA,
SEM O CONSENSO UNÂNIME DOS ADQUIRENTES, NA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA IRREGULAR, NA PERSPECTIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À
PROPRIEDADE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo de Conhecimento:
Direito Fundamental e da Propriedade

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Luiz Gavião de Almeida
Universidade Metodista de Piracicaba
(orientador)

Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzales
Universidade Metodista de Piracicaba

Prof.^a Dr.^a Volneida Costa
Pontifícia Universidade Católica de Minas
Gerais

AGRADECIMENTOS

Ao Deus da minha salvação, Senhor de tudo em mim. Não quero nada nesta vida que não venha de Tuas mãos.

À minha devotada esposa, Marcela, bálsamo meu. Sua conduta muito me ensina sobre *lealdade* e *propósito*. Sem sua motivação, voluntariedade e fé inabaláveis, a conclusão deste trabalho não me seria possível. Você é a mulher de *Provérbio 19.14*.

À memória de Sálvio Carvalho de Medeiros, meu pai, homem de coração nobre, de quem aprendi a dedicação a Deus, à família e ao trabalho. E à Adriana Medeiros, minha mãe, cuja vida me ensina o significado de *fé* e *coragem*. Veio deles o primeiro e mais importante estímulo para os estudos.

A meus irmãos, Fabiano, Jéssica e Fernando, pelo amor com que sempre me encorajaram a seguir estudando.

Ao amigo, e irmão escolhido, Fábio Camargo, com quem tive o prazer de dividir as alegrias e agruras do tempo de estudos longe de casa. Seu bom humor e senso crítico, invulneráveis, tornaram o caminho mais curto.

Ao honrado amigo William Franco, cuja responsabilidade, inteligência e comprometimento ajudaram a tornar possível este trabalho.

À Prof.^a Catarina, coordenadora do curso de Direito da Puc Minas, em Poços de Caldas, e a seu estimado esposo, José Carlos, de quem recebi o primeiro e mais determinante impulso para a confecção deste estudo. Muito obrigado.

À Prof.^a Volneida Costa, que desde os tempos da graduação me incentiva a prosseguir no estudo do direito. Minha sincera gratidão.

Ao nobre professor e orientador José Luiz Gavião de Almeida, e a seu pai, Prof. Jorge Luiz de Almeida, pessoas de humanidade exacerbada, de quem pude aprender para muito além do direito. Sinto-me honrado por tê-los tido como mestres.

Ao Prof. Gustavo Henrique de Oliveira, cuja contribuição e voluntariedade foram fundamentais para o encerramento deste escrito.

Por fim, à querida Sueli, secretária do curso de Mestrado da Unimep, cuja disposição e eficiência fazem com que os alunos se sintam em casa. E aos demais funcionários da Unimep, que sabem servir bem como poucos.

Dedico este escrito à minha adorável Marcela, de quem recebi a força, inspiração e a coragem necessárias para concluí-lo. Dedico, também, à memória de meu pai, e à minha mãe, cujo esforço e abnegação me serviram (e sempre servirão) de estímulo para seguir estudando. Dedico-o, por fim, a Deus, autor e consumidor da minha fé, por me permitir cada conquista que se me acresce.

RESUMO

Em certa quadra da história do direito contratual no Brasil, o instituto que conhecemos como incorporação imobiliária foi praticado sem regulamentação. Por ser negócio jurídico complexo e demandar grande volume de capital, atraiu investidores bem e mal-intencionados. Houve quem, honestamente, tenha investido capital e trabalho para atender às demandas da crescente urbanização ao longo de todas as grandes cidades do país; como houve quem tenha abandonado a edificação incompleta e desaparecido com o capital para sua conclusão; ou quem tenha majorado, sem aviso prévio, e por repetidas vezes durante o contrato, o valor da prestação mensal paga pelos adquirentes; como houve, também, quem tenha entregado, aos adquirentes, edificação com características diversas das contratadas inicialmente, seja pelo aumento do número de unidades do empreendimento ou pela supressão de itens da obra, para reduzir custos ou majorar lucros. Porém, com o advento da Lei 4.591/1964, adveio regulamentação à atividade de incorporação imobiliária, e as práticas comentadas foram inibidas. Entretanto, a falta de fiscalização da atividade pelo poder público cedeu espaço à continuidade de obras de incorporação imobiliária de forma irregular, em desatenção aos requisitos estabelecidos no art. 32 da Lei 4.591/1964. Este escrito tem por escopo estudar, especificamente, apenas um dos abusos aqui referidos. Trata-se daquele a que o adquirente de unidade condominial está sujeito, quando em contrato de incorporação imobiliária que se desenvolve à margem da lei, qual seja, a alteração unilateral do projeto de incorporação pelo incorporador. Esse abuso implica modificação do número de unidades condominiais, frequentemente para maior, à revelia da unanimidade dos adquirentes de frações ideais, e dessa forma é cristalizado, mais tarde, no Registro de Imóveis respectivo, sem que o saibam os adquirentes. E visa estabelecer a relação possível entre o direito contratual do adquirente de unidade condominial e o direito fundamental de propriedade, tal como previsto no art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Propriedade. Função social. Incorporação imobiliária. Contratos. Projeto. Registro. Alteração. Unanimidade.

ABSTRACT

In a certain time of the history of contract law in Brazil, the business known as real estate development was practiced without regulation. Because it is a complex legal business and requires large amounts of capital, it has drawn good and malicious investors. Some have honestly invested capital and labor to meet the demands of growing urbanization throughout all the major cities of the country; as there were those who left buildings incomplete and vanished with the capital of its conclusion; or who has increased, without prior notice, and sometimes during the contract, the value of the monthly installment paid by the purchasers; as has also been the case for those who have purchased the buildings with characteristics different from those in contracts, either by increasing the number of units in the project or by subtracting items from the construction work, in order to reduce costs and increase profits. However, with the establishment of Law 4591 / 1964, the regulation of the real estate development activity took place, and the practices commented were inhibited. However, the lack of inspection of the activity by the government gave the opportunity to the continuity of real estate development irregularly, Without meeting the requirements established in article 32 of Law 4591 / 1964. This paper is intended specifically to study only one of the abuses referred to herein. The one in which the acquirer of condominium unit is subject in real estate development, which develops disrespecting the law, that is, the unilateral alteration of the project development. This abuse implies a modification of the number of condominium units, in default of the unanimity of the purchasers of ideal fractions, and is thus registered in the respective Real Estate Registry, without their purchasers being aware. And it aims to establish the possible relationship between the contract right of the purchaser of condominium unit and the fundamental right of property, as foreseen in 5th article, XXII and XXIII, of the Federal Constitution.

Keywords: Property. Social role. Real estate development. Contracts. Project. Record. Amendment. Unanimity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DIREITO DE PROPRIEDADE	14
1.1. Escorço histórico	15
1.2. Conceito	24
1.3 A propriedade como direito fundamental	28
1.4 Apontamentos sobre a função social da propriedade	39
1.5 Apontamentos sobre a extensão do direito de propriedade	48
1.6 Apontamentos sobre a propriedade horizontal	55
2 A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	63
2.1 Noções históricas da lei de incorporação imobiliária – 4.591/1964	65
2.2 Conceito de incorporação imobiliária	71
2.3 Natureza jurídica da incorporação imobiliária	81
2.4 O contrato de incorporação imobiliária	89
2.4.1 Apontamentos sobre a boa-fé objetiva e função social dos contratos no contrato de incorporação imobiliária	94
2.4.2 Formas de execução da incorporação imobiliária	98
2.5 Partes no contrato de incorporação imobiliária	106
2.5.1 A figura do incorporador	108
2.5.2 Apontamentos sobre as obrigações gerais do incorporador	120
2.5.3 A figura do adquirente	127
2.5.4 Apontamentos sobre as obrigações gerais do adquirente	128
2.6 Apontamentos sobre a incorporação imobiliária no registro de imóveis	129
2.7 Requisitos legais para a alteração do projeto de incorporação imobiliária	134
3 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA IRREGULAR	140
3.1 Apontamentos sobre a validade dos contratos particulares	141
3.2 Alteração irregular do projeto de incorporação imobiliária e o direito fundamental à propriedade	143

4 APONTAMENTOS SOBRE AS GARANTIAS AOS ADQUIRENTES NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	152
4.1 Obrigatoriedade de arquivamento do memorial de incorporação no registro de imóveis respectivo	152
4.2 Responsabilidade solidária entre incorporador e construtor pela solidez e segurança da edificação	154
4.3 Assembleia geral dos adquirentes	155
4.4 Comissão de representantes dos adquirentes	155
4.5 Patrimônio de afetação	156
4.6 Impossibilidade de alteração do projeto da incorporação imobiliária sem consenso unânime dos adquirentes.....	157
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	158
REFERÊNCIAS.....	162

INTRODUÇÃO

“O que se impõe, sempre e em toda pesquisa, é mais entender-se sobre a coisa mesma, por meio de razões que a definam, do que se entender sobre o nome, sem se preocupar com a definição.”

PLATÃO

A dinâmica socioeconômica e jurídica dos negócios imobiliários tem na incorporação imobiliária o seu apogeu. No processo histórico em que se intensificou a aglomeração das atividades industriais e empresariais no espaço das cidades, a incorporação imobiliária revelou-se hábil instrumento à acomodação urbana de habitações, complexos profissionais e centros de lazer e cultura, capaz de atender, eficazmente, às demandas dos novos habitantes das cidades.

Para os investidores no mercado imobiliário e os empresários da construção civil, a incorporação significou oportunidade de lucro e renda – sem se olvidar da geração de empregos para os diferentes profissionais do setor de imóveis. Para os juristas, a incorporação imobiliária representou desafio e oportunidade de evolução no aprimoramento do ordenamento jurídico, dada a sua complexidade como negócio jurídico que combina múltiplas relações contratuais: compra e venda, permuta, corretagem, prestação de serviços.

De natureza complexa, a atividade de comercializar unidades condominiais *na planta* recebeu regulamentação por meio da incorporação imobiliária após décadas da sua percepção como negócio jurídico, e nessa quadra foram diversos os defeitos contratuais que essa relação comercial apresentou.

Por se tratar de negócio rentável, e com a alta demanda por edifícios habitacionais e empresariais, houve quem, sem experiência ou habilitação técnica, tenha se aventurado a explorá-lo de improviso. Mas, ao experimentar as dificuldades e imprevistos próprios de um negócio que demanda habilidades para administrar recursos, negociar materiais construtivos, preços de mão de obra e a contratação de profissionais especializados para os despachos nos órgãos públicos respectivos, abandonou a edificação, ou exigiu o reajuste abrupto dos preços das prestações mensais, ou ainda, veio a modificar as características e especificações das unidades

condominiais, ou mesmo o número de unidades do empreendimento, à revelia dos adquirentes, para repor suas perdas, ou mesmo, majorar seus lucros.

A Lei 4.591/1964 veio dar disciplina a essa atividade e estabelecer o procedimento para a comercialização da edificação, estabelecendo uma série de garantias aos adquirentes, a fim de harmonizar a desproporção entre os poderes do incorporador imobiliário e os adquirentes das unidades condominiais.

Não faltou, porém, quem continuasse a exercer a atividade incorporativa com má prática, de forma irregular, em descompasso com as exigências estabelecidas pelo comando normativo. E, entre as irregularidades costumeiras, ainda hoje, se acha a alteração unilateral do projeto de incorporação contratado com os adquirentes das primeiras unidades vendidas, para modificar o número de unidades da incorporação, frequentemente para maior, ou subtrair itens das unidades, como sacadas, maior número de vagas de garagem ou áreas de uso exclusivo; mormente quando o incorporador é também o proprietário do terreno onde se edifica a incorporação.

Devido à falta de registro da incorporação, fez-se necessária essa pesquisa para o fim de saber sobre a incidência da norma específica (Lei 4.591/1964) sobre as incorporações irregulares. Além disso, dada a natureza jurídica da incorporação, necessário investigar a hipótese da referida lei somente se aplicar às incorporações imobiliárias desenvolvidas de acordo com as formalidades estabelecidas na aludida Lei.

Justifica-se este estudo, porque em recente julgado emanado da Quarta Turma de Direito Privado, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do eminente Desembargador Milton Carvalho, em acórdão unânime, decidiu-se pela inaplicabilidade da Lei 4.591/1964 à incorporação imobiliária não registrada no Registro de Imóveis respectivo.

Urge, ademais, o estudo acerca da relação possível entre a disciplina da incorporação imobiliária, operada de forma irregular, e o direito fundamental de propriedade, assim considerado como gênero, em que está contida a espécie *patrimônio*, ao qual a lei fundamental pretendeu dar guarida. Isso porque, de acordo com a lei civil, somente se adquire a propriedade a partir do registro do título translativo no respectivo registro de imóveis.

É forçoso, outrossim, que se aborde o tema da propriedade, como direito fundamental dotado de eminente função social, pois questões complementares e

correspectivas. Não se cogita de uma propriedade que seja desprovida de função social.

Com efeito, é no cotejo entre o tema da incorporação imobiliária irregular, na qual o incorporador opera alteração do número de unidades condominiais, à revelia da unanimidade dos adquirentes, com a disciplina do direito fundamental de propriedade, que se assenta a finalidade deste escrito.

E mais, também interessa saber sobre a validade jurídica de tal alteração unilateral, à luz das disposições da Lei 4.591/1964. Isso, para que, em última análise, se possa considerar nula de pleno direito toda e qualquer modificação do projeto de incorporação, negociado com os adquirentes, que venha a ser realizada sem o consenso unânime desses, não somente por afronta a direito fundamental dos adquirentes, mas por evidente afronta a texto expresso de lei.

Para a edificação deste trabalho foi adotado o método dedutivo, a partir da concepção genérica da incorporação imobiliária, como contrato típico caracterizado pela atividade exercida nos termos da Lei 4.591/1964, e marcado pela consensualidade. Passando pela fundamentalidade dos direitos nela volvidos, em virtude de seu conteúdo eminentemente patrimonial, e pelas garantias asseguradas pela Lei aos adquirentes de unidades condominiais.

Por fim, traçou-se um paralelo entre as garantias aplicáveis à incorporação regular e sua possível extensão à incorporação realizada de forma irregular, concluindo-se pelo estabelecimento das garantias efetivamente aplicáveis aos adquirentes dessa última modalidade.

Assim, é bom que se registre que esta dissertação não se define pelo delineamento da incorporação imobiliária para servir de guia prático aos que a desejam conhecer. Ao reverso, detém-se, especificamente, no que concerne ao aspecto negocial das frações ideais e aos reflexos desse negócio no âmbito da propriedade, assim concebida como direito fundamental do indivíduo.

1 DIREITO DE PROPRIEDADE

A ideia de propriedade antecede à experiência do direito.¹ É da essência do homem o apropriar-se da natureza para submetê-la ao serviço de suas necessidades e desejos, e não há elementos confiáveis que permitam saber a partir de qual momento da história humana o homem passou a apropriar-se de coisas.²

Sabe-se que as palavras “meu” e “seu” têm permitido ao homem fazer distinções e estabelecer relações, uns com os outros, em um conceito social.³ E enquanto as relações humanas estiverem presas na localização geográfica, Farias e Rosenvald afirmam que deverá existir uma forma de regime de propriedade.⁴

Conceituar a propriedade, de modo algum, é tarefa simples. De um lado, parece ser de fácil compreensão, possível mesmo ao mais simples dos seres. De outro, se apresenta num arrojado conceito jurídico, de alta complexidade, de conteúdo intrincado, mormente se observada à luz da Constituição Federal.

Acerca dela, asseverou Pereira:

Podemos sem receio proclamar que a propriedade é a pedra de toque dos regimes jurídicos e dos regimes políticos. É por meio de sua análise que se pode apurar a tendência de um povo num determinado momento de sua passagem pelo cenário da história.⁵

Não se trata de uma instituição legal, ou mesmo convencional, mas natural.⁶

E encerra, ainda, Pereira:

Quando o jurista moderno encara as transmutações por que passam os conceitos atualmente não pode olvidar que o regime da propriedade as

¹ VELOSO, Waldir de Pinho. *Comentários aos direitos reais no código civil*. São Paulo: IOB Thomson, 2007. p. 89.

² Scavone Junior preleciona que “a propriedade, desde os primórdios da história, é inerente ao ser humano como condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade.” SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 8.

³ Pondera o Prof. Fábio Ulhoa que “a noção de propriedade antecede em muito a mais embrionária forma de organização social (...).” COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. v. 4, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 5, 9. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 256.

⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 5.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 5, 9. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 257.

espelha. E se abrem novas perspectivas diante de nós, na propriedade está incrustado o germe da transformação.⁷

Nesse sentido, é fundamental saber que os tópicos seguintes não têm a pretensão de esmiuçar o direito de propriedade na profundidade em que ele verdadeiramente se apresenta. O que segue até-m-se em traçar um panorama sobre a propriedade que viabilize a compreensão da realidade jurídica do direito de propriedade, o que contempla o escopo deste trabalho.

1.1. Escorço Histórico

A noção de propriedade privada tal como os povos ocidentais a concebem, ou seja, pela clara compreensão do *meu* e do *teu*, a consciência jurídica acerca da possibilidade de o homem apoderar-se de coisas e a concepção consolidada do direito individual de propriedade são derivadas da forma como as sociedades helênicas e itálicas a idealizaram.⁸ Mesmo quando a norma religiosa e a regra de direito não se distinguiam, essa ideia de propriedade já se fazia perceber⁹ como uma das primeiras noções jurídicas a serem sedimentadas para a formação de uma tricotomia histórica inseparável: religião, família e propriedade privada.¹⁰

⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 6.

⁸ Coulanges e Denis, entretanto, ensinam que: “há raças que jamais chegaram a estabelecer a propriedade privada; outras, só o conseguiram depois de muito tempo e muitas dificuldades. Com efeito, não é um problema fácil, na origem das sociedades, saber se o indivíduo pode apropriar-se do solo e estabelecer um tal vínculo entre o seu ser e uma parte de terra, que lhe permita dizer: Esta terra é minha, esta terra é como uma parte de mim. Os tártaros entendem o direito de propriedade quando se trata de rebanhos, e não o compreendem quando se trata de terra. Entre os antigos germanos, a terra não pertencia a ninguém; a cada ano a tribo atribuía a cada um dos seus membros um lote para cultivar, e trocavam de lote no ano seguinte. O germano era proprietário da colheita; não o era da terra. O mesmo se pode dizer também de uma parte da raça semítica e de alguns povos eslavos.” COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 72.

⁹ Farias e Rosenvald registram, contudo, que a antropologia desconhece a existência de sociedades que tenham ignorado a sua existência, considerando que a propriedade sempre esteve acima de uma prévia instituição legal, convencional, ou mesmo religiosa; a propriedade é, e sempre foi, natural, imanente ao homem. “É inerente a qualquer ser humano o anseio pela segurança propiciada pela aquisição de bens.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 5, 9. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 257.

¹⁰ “Outros povos, e nesta classe matricularam-se todos ou quase todos os que compõem o que se convencionou chamar civilização ocidental, têm a noção acendrada do “meu e teu”, têm incrustada na profundidade de sua consciência jurídica a ideia do assenhoreamento de bens, a concepção sedimentada do direito individual de propriedade. É, também aqui, a tradição de todo um conceito de civilização que o explica, salientando-se a ideia de que foi uma das primeiras noções jurídicas a assentar-se, ainda ao tempo em que a norma religiosa (*fas*) não se diversificava da regra de

A história da propriedade tem seu nascedouro na religião.¹¹ Foram os deuses domésticos que primeiro conferiram a cada família a titularidade sobre a terra onde estavam fixados.¹² Cada família possuía seus deuses particulares em seu altar doméstico, onde praticavam seu culto, ao qual não se permitia a entrada de pessoas estranhas.¹³

O altar radicava-se de forma inamovível e definitiva no solo, edificado em pedra; “uma vez levantado, não podia ser transportado, porque o deus doméstico quer morada fixa”¹⁴. E por não se tolerar que o culto de uma família a seus deuses domésticos interferisse noutra prática, de outra família, sua divindade própria, o altar doméstico deveria ser separado de tudo quanto lhe fosse estranho; era preciso, por isso, que, em torno do lar, fossem postas cercas sagradas, as quais delimitavam o recinto de culto àquele deus familiar. Essa cerca significava a contenção dos elementos estranhos àquela família; esse espaço traçado pela religião, e protegido por somente ela, é o símbolo primitivo mais exato do direito de propriedade.¹⁵

direito (*jus*). PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 4.

- ¹¹ Pereira registra: “O traço essencial da propriedade primitiva é o seu caráter sagrado. A propriedade é sagrada, como extensão da própria pessoa.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 4.
- ¹² Coulanges e Denis relatam que “a ideia de propriedade privada estava na própria religião. Cada família tinha a sua lareira e os seus antepassados. Esses deuses só podiam ser adorados por ela, só protegiam a ela; eles eram sua propriedade. (...) esse altar (...) uma vez posto sobre o solo não poderia ser movido de lugar (...) materialmente, é difícil transportar a pedra sobre a qual ele resplandece; religiosamente, isso era mais difícil ainda e só é permitido ao homem se a dura necessidade o forçar, se um inimigo o perseguir ou se a terra não puder alimentá-lo. (...) A família, que por dever e por religião permanece sempre reunida ao redor do seu altar, fixa-se ao solo como o altar. (...) A família é vinculada à lareira e a lareira ao solo; estabelece-se uma relação estreita, pois, entre o solo e a família. (...) Como a lareira, ela ocupará sempre aquele lugar. Aquele lugar lhe pertence; ele é a sua propriedade, não de um homem apenas, mas de uma família, cujos diversos membros devem vir, um após o outro, nascer e morrer ali.” COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 74.
- ¹³ “Uma das primeiras regras daquele culto era que cada família só podia cultuar os mortos que lhe pertencessem pelo sangue. Os funerais só podiam ser realizados pelo parente mais próximo. Quanto à refeição fúnebre que se renovava em seguida em épocas determinadas, só a família tinha o direito de estar presente, e todo estranho à família era severamente excluído dela. Cria-se que o morto só aceitasse a oferenda da mão dos seus; só queria o culto de seus descendentes. A presença de um homem que não fosse da família perturbava o repouso dos manes”. COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 43.
- ¹⁴ COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 73.
- ¹⁵ Afirma Pereira: “Porque os deuses eram interiores, *Penates*, era preciso que existisse em torno do ‘lar’ certa distância, delimitada pela cerca sagrada. E esta cerca, explicada pela noção fundamentalmente religiosa, era o marco-limite do culto, era a contenção dos elementos estranhos

Havia, ainda, outro objeto de culto e proteção das famílias, representado pela sepultura de seus antepassados. Tal como o altar aos deuses domésticos, cada família tinha em seus ascendentes mortos a representação de divindades domésticas, por isso o túmulo também constituía objeto de culto e proteção.¹⁶ Criava-se que os mortos tomavam posse do solo. Ninguém tinha o direito de desapossar a família radicada na localidade desses altares, mesmo para a quitação de dívidas da família.¹⁷ Tratava-se de uma porção de solo legitimamente outorgada pela religião, não a um homem, mas à família, em cujos membros vivos se manifestava o sentido claro e evidente de propriedade.¹⁸

Interessante, nesse contexto, é saber como era possível, e como se dava, a alienação da propriedade. E como o direito romano somente é conhecido a partir da Lei das XII Tábuas, nela se sabe que era permitida a venda da propriedade ou mesmo a sua partilha entre herdeiros.

A lei determinava que a venda do campo jamais poderia compreender a localidade do túmulo, do qual a família deveria permanecer proprietária e conservá-lo eternamente. Era, inclusive, assegurado à família uma espécie de direito de servidão sobre o acesso ao túmulo, para realizar suas cerimônias religiosas. Nas palavras de Coulanges e Denis, “a sepultura estabelecia a união indissolúvel da família com a propriedade”.¹⁹

à família, era a significação precisa do direito de propriedade.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 5.

¹⁶ “Tocar com os pés, mesmo sem querer, uma sepultura era um ato ímpio, pelo qual era preciso acalmar o morto e se purificar.” COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 44.

¹⁷ Explicam Coulanges e Denis que “o devedor, portanto, tornado quase escravo, conserva ainda algo de próprio; a sua propriedade, se a tem, não lhe é tirada” (...) O corpo do homem responde pela dívida, não a sua terra, pois a terra é inseparável da família. É mais fácil condenar um homem à servidão do que lhe tirar o direito de propriedade; o devedor é entregue ao credor; sua terra segue-o, por assim dizer, em sua escravidão. O senhor que utilizar em proveito próprio as forças físicas do homem goza também dos frutos da terra; mas não se torna proprietário dela. Tão soberano é o direito e propriedade. COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 84.

¹⁸ “Eis, por conseguinte, uma parte de solo que, em nome da religião, se torna objeto de propriedade perpétua para cada família. A família apropriou-se da terra, nela colocando os seus mortos; com isso, implantou-se ali para sempre. O membro vivo dessa família pode dizer legitimamente: Esta terra é minha.” COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 77.

¹⁹ “A lei romana exige que, se uma família vender o campo em que está o túmulo, permaneça proprietária pelo menos desse túmulo e conserve eternamente o direito de atravessar o campo para ir realizar as cerimônias do seu culto”. COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade*

A partilha, por sua vez, deveria ser realizada por um sacerdote, denominado *agrimensor*, porque somente à religião era dado o direito de dividir aquilo que antes ela proclamou indivisível.²⁰

Registra Ribeiro que, provavelmente, na Itália, antes da fundação de Roma, em seus primeiros tempos, a alienação da propriedade nem mesmo fosse admitida, reconhecendo na Lei das XII Tábuas um abrandamento gradual da inalienabilidade da propriedade, até a efetiva autorização para a alienação da propriedade. Assim escrevem Coulanges e Denis:

Mas há razões para se pensar que nos primeiros tempos de Roma, e na Itália antes da existência de Roma, a terra fosse inalienável como na Grécia. Embora não tenha chegado até nós nenhum testemunho dessa velha lei, podemos pelo menos distinguir os abrandamentos que foram sendo feitos aos poucos. A lei das Doze Tábuas, ao deixar ao túmulo o caráter de inalienabilidade, dele liberou o campo. Permitiu-se, em seguida, dividir a propriedade, se houvesse muitos irmãos, mas com a condição de que fosse realizada uma nova cerimônia religiosa e a nova partilha fosse feita por um sacerdote. Permitiram, enfim, vender o terreno; mas para isso ainda eram necessárias formalidades de caráter religioso. Essa venda só podia acontecer na presença de um sacerdote chamado *libripens* e com a formalidade santa a que chamavam *mancipação*.²¹

Nessa senda, era impensável a desapropriação, por parte da cidade, ou mesmo a expropriação por dívidas; salvo, quanto à primeira hipótese, no caso de exílio, quando o homem perdia o título de cidadão, e, por conseguinte, os direitos dele decorrentes.²²

De igual modo, e como já se referiu anteriormente, era impossível extrair do indivíduo a propriedade, mesmo para a quitação de dívidas. Por estar mais ligada à família do que à pessoa, o homem respondia pelas dívidas com seu próprio corpo,

antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 77.

²⁰ RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8. ed. v. II São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176.

²¹ COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga*: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 84.

²² A esse respeito, esclarecem Coulanges e Denis: “A expropriação por utilidade pública era desconhecida entre os antigos. O confisco só era praticado como consequência a pena de exílio, ou seja, quando o homem, tendo perdido o título de cidadão, já não podia exercer nenhum direito sobre o solo da cidade.” COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga*: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 84.

jamais com sua terra. Mais fácil era condená-lo à escravidão que tirar-lhe a propriedade.²³

Encerram Coulanges e Denis, acerca das origens da propriedade, “que o homem dos tempos antigos foi dispensado de resolver problemas difíceis demais. Sem discussão, sem trabalho, sem a sombra de uma hesitação, chegou de um só golpe e apenas pela força de suas crenças à concepção do direito de propriedade (...)”.²⁴

Nesse diapasão, é a lição de Menezes que, ao discorrer sobre a história do direito de propriedade no Brasil, relata que por ofício do Tratado de Tordesilhas (1494), as terras brasileiras já pertenciam ao Reino de Portugal, antes mesmo de seu descobrimento em 1.500. O Tratado, firmado entre duas das maiores nações cristãs do mundo, significava um ajustamento de ambas a um Decreto baixado pelo Papa Alexandre VI²⁵ sobre a divisão de terras firmes descobertas (e por descobrir) no ocidente. Há um registro interessante a respeito da influência da religião sobre o direito de propriedade, ainda presente no fim dos séculos medievais, e que haveria de interferir na concepção desse direito pelos juristas pátrios:

A propósito, anota a doutrina um fato paradoxal: em razão do expansionismo marítimo e de comércio europeu, do fim dos tempos medievais, as terras brasileiras, sobretudo as do litoral, antes mesmo do descobrimento, em 1500, já pertenciam a Portugal, em virtude do Tratado de Tordesilhas – *Capitulación de la Repartición del Mar Oceano* – celebrado em 07/06/1494. (...) Portugal e Espanha figuravam entre as maiores nações do mundo cristão, decidiram dividir o mundo (e o Brasil) para si em duas metades, deslocando o meridiano das 100 léguas referidas no decreto papal, para 370 léguas das Ilhas de Cabo Verde, e não mais de Cabo Verde e Açores. Os Reis de Portugal, conseqüentemente, passaram a ter a propriedade das terras ainda a descobrir numa extensão de 370 léguas das Ilhas de Cabo Verde, envolvendo praticamente toda a faixa do litoral brasileiro. Nos tempos presentes, nos quais, na maior parte do mundo ocidental predomina a separação radical – pelo menos nominal – dos poderes confessional e temporal, soam como impensáveis tais incursões pontifícias. Mas assim não sucedia nos tempos medievais, nos quais a

²³ COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 85.

²⁴ COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 84.

²⁵ Menezes diz tratar-se do Decreto da *Bula Eximiae Devotionis*, de 1493, do Papa espanhol Alexandre VI, ratificada em maio do mesmo ano, pela *Bula Inter Coetera*. Já o Tratado de Tordesilhas recebeu a aprovação do Papa Julio II, pela *Bula Pro Bono Pacis*, de 24 de janeiro de 1504. MENEZES, Olindo Herculano de. *Perfil da propriedade contemporânea: destaque da propriedade fundiária*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4076/1/2009_OlindoHerculanoMenezes.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017. p. 93.

percepção universal era a de que o domínio territorial do mundo era um presente de Deus, Senhor do universo, representado na terra pelos Papas, vigários de Cristo e chefes da cristandade, nada se tendo por perfeito e acabado sem a consagração da religião.²⁶

Sob evidente influência do direito romano e canônico, o direito português²⁷ vigorou entre nós mesmos depois de proclamada a República, em 1891.²⁸ Alves registra que as Ordenações²⁹ Filipinas, carregadas de conteúdo influenciado pelo direito romano, vigoraram por mais de 300 anos, e no Brasil, mesmo depois de haverem sido revogadas em Portugal.³⁰

Colhe-se, em Cruz, sucinta explicação para que tais influências romanas tenham perdurado por tanto tempo em nosso ordenamento jurídico, afastadas somente pela Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, em 1858:

Não é de olvidar-se, ainda, a inexorável hipoteca cultural de quase seis séculos de predomínio do direito romano e do direito canônico como fontes de direito subsidiário em Portugal e nos demais países da Europa Ocidental, a qual somente veio a ser abalada com o advento do ideário iluminista e racionalista, na segunda metade do século XVIII.³¹

A aparente incongruência histórica no fragmento de texto antes exposto é explicada por Miranda ao se referir ao interregno entre o abalo das bases da

²⁶ MENEZES, Olindo Herculano de. *Perfil da propriedade contemporânea: destaque da propriedade fundiária*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4076/1/2009_OlindoHerculanodeMenezes.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017. p. 94.

²⁷ Sabe-se que a manifesta influência do direito romano sobre o direito português deveu-se ao fato de que estudantes portugueses emigravam para se formar nas universidades italianas, e a Itália “fora a pátria dos glosadores”, como explica Moreira Alves, em ALVES, José Carlos Moreira. A contribuição do antigo direito português no Código Civil brasileiro. In: *Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*, I. Estudos de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.p. 31.

²⁸ Mesmo depois de proclamada a República, a Constituição de 1981 dispôs, em seu art. 83: “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do Governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados.” BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

²⁹ Ensina Maluf que as ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) eram compilações jurídicas organizadas pelos respectivos monarcas, “derivadas da necessidade de elaboração de uma codificação que representasse unidade legislativa, tanto para abrigar textos legais pretéritos, como para abranger novas disposições MALUF, Carlos Alberto Dabus Maluf. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 42.

³⁰ ALVES, José Carlos Moreira. A contribuição do antigo direito português no Código Civil brasileiro. In: *Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*, I. Estudos de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.p. 30.

³¹ CRUZ, Guilherme Braga da. *O direito subsidiário na história do direito português*. v. IV. Porto Alegre: Revista da Consultoria Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, 1974. p.133.

influência dos direitos romano e canônico e seus efeitos no Brasil, provocados somente por ocasião da Consolidação das Leis Civis, elaborada por Teixeira de Freitas, em 1858: “[...] fez-se do brasileiro, um povo novo, num povo rotineiro e velho, cujas leis e praxe eram regidas por um compasso vagaroso, tímido e sonolento.”³²

Em Teixeira de Freitas, o direito de propriedade é aprimorado (em relação ao Código Filipino), e inovações foram introduzidas no ordenamento jurídico pátrio, com destaque para a exigência de transcrição, a aquisição de direitos reais, os atos *inter vivos*, a continuidade do domínio pela herança e a ratificação das faculdades amplas do titular de usar, dispor e reivindicar a coisa.³³

Malgrado os avanços, a propriedade mantinha o viés absoluto, conservador, derivado das bases romanas de sua formação, justificado, sobretudo, pela conjuntura socioeconômica e política do país. Com efeito, as tendências liberais, apregoadas pelos revolucionários de 1789,³⁴ não encontravam guarida entre os juristas nacionais – apesar de atentos às transformações que aconteciam na Europa. E as razões podem ser conhecidas pela docência de Menezes:

Levando em conta que a estrutura agrária mantida no Brasil era ainda a do sistema colonial – o Brasil, há saído do regime escravagista, cujos

³² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 43

³³ MENEZES, Olindo Herculano de. *Perfil da propriedade contemporânea: destaque da propriedade fundiária*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4076/1/2009_OlindoHerculanoMenezes.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017. p. 105.

³⁴ “O direito de propriedade fora, com efeito, concebido como uma *relação* entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Verificou-se, mais tarde, o absurdo dessa teoria, porque entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica, que só se opera entre pessoas. Um passo adiante, à vista dessa crítica, passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um *sujeito passivo universal* integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim, o direito de propriedade se revela como *um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito*.” SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 6. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. v. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 271.

A propósito desse vetusto caráter absoluto da propriedade, cite-se a *Declaração dos Direitos do Homem de do Cidadão – 1789*, em que constou estar o direito de propriedade limitado unicamente na medida do exercício dos direitos das demais pessoas:

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

tentáculos dominaram a sociedade colonial do vasto Império, era uma sociedade patriarcal de economia sobretudo rural, que resumia sua vida econômica ao dueto da exportação de matérias primas e gêneros alimentares, e da importação de produtos fabricados –, não seria de esperar-se, ao menos numa perspectiva de eficácia, um modelo jurídico menos conservador. Fazia-se muito presente, ainda, a herança da estrutura da sociedade colonial, que tivera suas bases fora dos meios urbanos, nos quais a autoridade do proprietário de terras era incontestada, tudo se operando segundo a sua vontade, não raro caprichosa e despótica. (...) A classe política, que detinha o mando, integrada pelas famílias proprietárias da terra, tinha como seus porta-vozes os doutores, que, mesmo dela afastados pelo pensamento e pela cultura, voltados para a influência europeia, agiam em defesa de seus interesses por tradição, por sentimento, por interesse, e pelo instinto conservador de todo poder.³⁵

E foi na ambiência do ideário revolucionário burguês³⁶ que, gradualmente, a ideia de liberdade da burguesia se fortalecia entre os doutores brasileiros, época em que foi gestado o Código Civil de Clóvis Beviláqua. Alvoreceu no direito pátrio uma nova concepção proprietária, fundada na revogação dos poderes absolutos do soberano³⁷ em benefício da liberdade, no que se refere ao Estado, garantida ao indivíduo.³⁸

³⁵ MENEZES, Olindo Herculano de. *Perfil da propriedade contemporânea: destaque da propriedade fundiária*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4076/1/2009_OlindoHerculanoMenezes.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017. p. 132.

³⁶ Leal, discorrendo acerca das aspirações revolucionárias, registra que a noção da existência de direitos universais, decorrentes, simplesmente, da condição de ser humano, foi consagrada “nas principais declarações de direitos que marcaram os aludidos movimentos revolucionários. Nessa linha, o Art. 1º da Declaração de Direitos da Virgínia (Virginia Bill of Rights) de 12 de junho de 1776 (...), a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen), de 26 de agosto de 1789, (...) adotaram a mesma orientação, de a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis ao homem.” LEAL, Roger Stiefelmann. *A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias*. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496577>>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 55.

³⁷ Exemplo que bem ilustra a interferência do Estado na propriedade privada é encontrado em Maluf, e refere-se a uma relevante limitação ao direito de propriedade, contida no Título XIII, do Livro IV, das Ordenações Afonsinas (mantida no Título LXVI, do Livro IV das Ordenações Filipinas), que proibia a doação ou venda operada entre o homem casado e sua concubina. MALUF, Carlos Alberto Dabus Maluf. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

³⁸ Referindo-se ao Código Civil Francês, que inspirou a concepção do direito de propriedade adotada no Código Civil de 1916, Hespanha afirma: “(...) O Código adota um modelo individualista, absoluto e liberal de propriedade. Ao indivíduo é garantida a liberdade em relação ao Estado, que protege a utilização autônoma de sua propriedade, e sem ser chamado, não interfere nas relações. (...) A propriedade passa a ser a síntese de todos os poderes que, em abstrato, um sujeito pode exercer sobre as coisas em geral.” HESPANHA, Antonio Miguel. *Direito luso-brasileiro no antigo regime*. Florianópolis: Fundação Boieteux, 2005. p. 34.

Inspirado pelo Código Francês, o Código Civil Brasileiro consagrou, assim, o caráter absoluto da propriedade,³⁹ em toda sua extensão, para assegurar ao titular o paradigma patrimonialista liberal, segundo o qual a propriedade constitui um valor necessário à realização da pessoa:⁴⁰ “Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”⁴¹

Benfazeja, nesse contexto, a consideração de Bobbio acerca do processo de construção histórica por que passam os direitos, que, em certa medida, atenua o atraso com que foi recepcionada pela ordem jurídica pátria a concepção liberal do direito de propriedade:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez. As constituições apenas os certificam, declaram e garantem.⁴²

Convém, nesse ponto, a lição de Farias:

[...] o Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualistas e voluntaristas que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando,

³⁹ Menezes esclarece o real sentido do *absolutismo revolucionário* empregado à propriedade: “A propriedade absoluta é aquela não compartilhada, liberta dos ônus e da bipartição dominial medieval, que encerra em si todas as faculdades de ação que o seu titular pode exercer, com seu fundamento essencial no poder de disposição, até de forma abusiva com a destruição do seu objeto: *Dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua quatenus jus ratio patitur*. (Domínio é o direito de usar, fruir e abusar do que é seu, enquanto o permite a razão do direito.” MENEZES, Olindo Herculano de. *Perfil da propriedade contemporânea: destaque da propriedade fundiária*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4076/1/2009_OlindoHerculanodeMenezes.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017. p.140.

⁴⁰ Hespanha enfatiza o que se deve entender por caráter absoluto da propriedade: “(...) embora o termo absoluto não tivesse o sentido típico da concepção liberal da propriedade, como uma autorização para qualquer uso arbitrário e a-social, na medida em que tinha por inspiração, diferentemente, negar a existência de qualquer direito eminente, feudal ou estatal, que limitasse os poderes do proprietário. HESPANHA, Antonio Miguel. *Direito luso-brasileiro no antigo regime*. Florianópolis: Fundação Boieteux, 2005. p. 86.

⁴¹ Farias e Rosenvald, repisando o real sentido de propriedade absoluta, registram que “Clóvis Beviláqua teceu críticas à redação final do dispositivo, por ter retirado a cláusula referente às restrições legais ao direito de propriedade. Tal equívoco só foi corrigido com a Constituição de 1934, com seu art. 113, nº 17, dispondo ser ‘garantido o direito de propriedade que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar’”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 5, 9. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 260.

⁴² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo.⁴³

Na Constituição de 1946 (art. 141, § 16), o conceito de propriedade absoluta cedeu passagem ao que Duguit denomina *solidarização* do direito,⁴⁴ que implica a relativização do direito de propriedade para o seu exercício. Seguiram as Constituições de 1967 (art. 150, § 22), e a Emenda supressiva nº 1, de 1969 (art. 160, III).⁴⁵

Em Meirelles se lê: “[...] o direito não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, seu direito é, por consequência, simplesmente relativo.”⁴⁶

Não faltou à Constituição Cidadã, de 1988 (art. 5º, XXII e XXIII, e 170, II e III), reconhecer e reiterar a garantia do direito de propriedade, que atenderá à sua função social, ao que foi seguida pelos arts. 1.228, *caput*, § 1º, do Código Civil de 2002.

Prossegue-se, nas linhas seguintes, aos apontamentos sobre a função social da propriedade.

1.2. Conceito

Como visto anteriormente, a noção de propriedade antecede a mais embrionária forma de organização social que se possa denominar ou atribuir ordem jurídica, e não há elementos confiáveis que permitam identificar a partir de qual momento histórico o conceito e propriedade teria surgido, ou se, simplesmente, acompanhou o homem desde sempre.⁴⁷

⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito Civil*. 9. ed. rev. ampl. e atual. v. 5. Bahia: Editora Juspodivm, 2013. p. 260.

⁴⁴ “la propiedad ya no es el derecho subjetivo del propietario; Es la función social del titular de la riqueza” (em tradução livre: a propriedade não é mais o direito subjetivo do proprietário; é a função social do detentor da riqueza.) DUGUIT, Léon. *las transformaciones generales del derecho privado*. Granada: Comares, 2007. p. 37.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 14.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 28.

⁴⁷ Como assevera Coelho, “a história não registra nenhuma etapa da evolução humana em que houvesse Direito, mas não o direito de propriedade. Mesmo as experiências inspiradas na utopia marxista – como a da estrutura econômica vivenciada na União Soviética entre a Revolução Russa (1917) e a queda o Muro de Berlim (1989) – não implicaram a completa abolição da propriedade privada”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. v. 4, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 70, 71. E no mesmo sentido, completa Rodrigues:

Em Monteiro se lê que a propriedade é inerente à própria natureza humana e representa condição de existência e de liberdade de todo homem, como pressuposto de seu desenvolvimento intelectual e moral. E acerca de sua importância, o autor assevera:

Esse direito deve ser conservado? Não hesitamos em responder afirmativamente, estribando-nos na argumentação de Planiol, que estabelece as seguintes premissas, antes de chegar à mencionada conclusão: a) – a propriedade é um fato histórico, que remonta à mais alta antiguidade. Preexiste às leis que a regulam presentemente; b) – a sua organização atual resulta de constante evolução. Como a família ou o casamento, a propriedade corresponde a uma força social, que se desenvolve em meio de perenes vicissitudes; c) – por esse motivo, não se deve nela tocar irrefletidamente porque a experiência comprova que se não rompe impunemente com o passado; d) – além disso, a propriedade tem justificada sua sobrevivência pelos incontáveis serviços prestados à humanidade. Pode-se concluir, portanto, que ela representa necessidade econômica para as sociedades civilizadas e que se impõe ao legislador e ao jurista (...).⁴⁸

Grossi destaca que a propriedade constitui a relação mais intensa que pode existir entre uma pessoa e uma coisa: “para él propiedad debe ser solamente un artificio verbal para marcar la relación histórica que un ordenamiento da al problema del vínculo jurídico más intenso entre un sujeto y un bien”.⁴⁹

E Rodotá assevera que, tradicionalmente, o conceito de propriedade se expressa pelo seu conteúdo e pelos poderes do proprietário, assim considerados nas faculdades do proprietário, limitadas apenas pela lei:

Este esquema definitorio tradicional, tanto si el acento se pone sobre el contenido de la propiedad como si se coloca en' los poderes del propietario, se puede resumir así: la propiedad (o el poder del propietario) consiste en la posibilidad de hacer' del objeto todo aquello que no está vedado por la ley.⁵⁰

“A preocupação de ordem prática consiste em que, sustentando ser a propriedade inerente à natureza do homem, retira-se da competência do legislador o poder de aboli-la, já que admitida tal concepção, será não só inútil como, igualmente, perigoso suprimir a propriedade privada, pois não se contraria impunemente a lei da natureza.” RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. v. 5. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 82.

⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito das coisas*. v. 3, 18. ed. Saraiva: São Paulo, 1979. p. 85.

⁴⁹ GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: un análisis histórico*. Trad. y “Prólogo para civilistas” de Ángel M. López y López. Madrid: Civitas, 1992. p.22

⁵⁰ RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Trad. para el español de Luis Diez Picazo. Madrid: Civitas, 1987. p. 264.

Nesse mesmo sentido, Guelfi definiu a propriedade como uma unidade de faculdades independentes que o titular tem, e que somente se restringe pela lei e pela propriedade de outrem.⁵¹

E, para Ruggiero, trata-se, a propriedade, do direito máximo que reproduz a plena e absoluta sujeição da coisa à pessoa a quem pertence, e somente encontra limitação na imposição da lei ou na colisão com o direito de outrem.⁵²

E, ainda, recorrendo a Ruggiero, percebe-se que a propriedade é um direito elástico,⁵³ que se comprime e se expande na medida da lei ou dos direitos de outrem, pela concorrência que resulta da propriedade alheia ou da faculdade de seu próprio titular, na esfera contratual:

[...] uma relação de direito privado, pela qual uma coisa, como pertença de uma pessoa, é completamente sujeita a sua vontade em tudo que não seja vedado pelo direito público ou pela concorrência do direito alheio.⁵⁴

Afirma Loureiro que essa concepção clássica da propriedade não cogitava a existência de deveres do proprietário para com a coletividade, mas tão somente uma

⁵¹ “La proprietà è di dominio generale e indipendente di una persona di qualcosa, a fini riconosciuti dallo iuristi (legge) ed entro i limiti stabiliti dallo iuristi”. GUELF, Francesco Filomusi. *Enciclopedia giuridica*. 6. ed. Nápoles: [s.n.], 1910. p. 118. Tradução livre: *A propriedade é o domínio geral e independente de uma pessoa sobre uma coisa, para fins reconhecidos pelo direito (lei) e dentro dos limites pelo direito estabelecidos*.

⁵² “(...) Não é possível enumerar essas faculdades, dado o seu número ilimitado, tendo esbarrado num escolho insuperável todas as tentativas das escolas de um tempo, que se esforçaram para as enumerar ou catalogar. Além disso, foram desprezadas e reconhecidas falsas as antigas doutrinas, que definiam o domínio como o “*jus utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienandi, disponendi, vindicandi*” ou, mais brevemente, como o direito de usar e de dispor da coisa (considerando-se compreendido no uso o *uti*, o *frui* e o *abuti*, na disposição de qualquer ato de alienação e em qualquer dêles a proteção legal dada pela *reivindicativo*). A propriedade não é uma soma de faculdades, mas a unidade de todos os poderes conferidos ao titular, não é uma série de faculdades determinadas *a priori*, mas um poder geral, do qual todos os poderes imagináveis fazem parte, não sendo senão exteriorizações da sua plenitude. Não é pois possível enumerá-los, uma vez que não é possível dizer o que o proprietário pode fazer, mas apenas o que não pode, quer o limite seja dado pelas normas jurídicas, seja que derive da concorrência do direito de outrem.” RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil. Direito de Família, Direitos Reais e Posse*. Trad. Ary dos Santos. v. II. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 370.

⁵³ Em Gomes se lê que a propriedade tem como característica a elasticidade, “pois pode ser distendida ou contraída, no seu exercício, conforme se lhe agreguem ou retirem faculdades destacáveis.” GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 98. No mesmo sentido, Calhub: “A essas características acresce a da elasticidade, pela qual é possível expandir ou comprimir as faculdades que compõem o conteúdo do direito de propriedade. Pode o proprietário, por exemplo, transferir para outra pessoa uma das faculdades do seu direito; ao fazê-lo, cria uma restrição ao seu próprio direito de propriedade, que fica reduzido a alguns dos seus elementos, mas sem perder a essência. Desaparecendo a restrição, seu direito se expande, recompondo-se em toda sua plenitude”. CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 58.

⁵⁴ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. Trad. Ary dos Santos. v. II. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 372.

imposição legal de certos limites externos ao exercício do direito de propriedade a que todos deviam se submeter.⁵⁵

Do que se lê, extrai-se que a propriedade foi tradicionalmente concebida como direito subjetivo, cuja finalidade o direcionava, exclusivamente, ao arbítrio do proprietário. Ideia bem representada pelo fragmento de texto seguinte:

A propriedade de cada um representa e delimita a sua esfera de poder e desse âmbito são afastados todos os outros sujeitos, incluindo o Estado. Bem se compreende que sendo a propriedade, a um só tempo, fundamento e aspecto da liberdade individual, ela represente um domínio exclusivo, em que a interferência de terceiros só pode significar uma restrição à liberdade.⁵⁶

Segundo Serpa Lopes, a propriedade é o “centro de irradiação de todos os direitos reais.”⁵⁷ Todos os demais direitos reais pressupõem a propriedade, necessariamente, por serem dela, limitações ou modificações. Ela, todavia, conserva em si o existir independente.⁵⁸

E, para Calhub,⁵⁹ são características da propriedade ser *absoluta, exclusiva e perpétua*. *Absoluta*, porque atribui poderes ilimitados ao proprietário, restringidos apenas pelas finalidades sociais e econômicas do direito de propriedade.⁶⁰ *Exclusiva*, por não admitir que o mesmo direito seja atribuído a duas ou mais pessoas, de modo que a propriedade de um titular exclui a propriedade de outros

⁵⁵ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 41.

⁵⁶ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p.148.

⁵⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. 3. ed., v. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 225.

⁵⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito das coisas*. v. 3, 18. ed. Saraiva: São Paulo, 1979. p.89.

⁵⁹ CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 58.

⁶⁰ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

sobre a mesma coisa.⁶¹ E, finalmente, *perpétua*, porque, em regra, sua duração é ilimitada, “integra o patrimônio do titular em termos definitivos, independente de qualquer condição.”⁶²

A propriedade constitui modalidade de direito real, com regime jurídico determinado, fundamentalmente, pela Constituição Federal, como se verá adiante; porém, com disciplina civil definida pelo Código Civil, no tocante às relações jurídicas que a envolvem.

O direito de propriedade é a pedra fundamental de todo o direito privado. Todavia, é de se ressaltar que suas raízes aprofundam-se tanto no terreno do direito privado como do direito público. Trata-se de um conceito amplo, que abrange o complexo de direitos patrimoniais traduzíveis economicamente.⁶³

1.3 A Propriedade como Direito Fundamental

Para o contexto deste trabalho, mais se aproveita à sua compreensão definir a propriedade a partir de sua significação como direito fundamental, do que como direito real, em sua acepção puramente civil.⁶⁴ Isso porque este escrito tem por objetivo demonstrar que, ao titular de direitos contratuais, em incorporação imobiliária, desenvolvida em infração ao art. 32 da Lei 4.591/1964, mais que direitos

⁶¹ Ressalve-se, nesse tocante, as relações de copropriedade ou condomínio, as quais, segundo Calhup, projetam vários titulares sobre a mesma coisa, “exercida a propriedade em quinhões ou partes ideais da coisa. Isso, entretanto, não retira o caráter exclusivo do direito de propriedade”. CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 58.

⁶² E nesse tocante, ressalva Chalhub, “a propriedade resolúvel e a propriedade do superficiário.” CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 59.

⁶³ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional - urbano e rural: função social da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 187. E no mesmo sentido, Monteiro defende: “O direito de propriedade, o mais amplo e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, é o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas. Dele pode dizer-se, ser a pedra fundamental de todo o direito privado. Sua importância é tão grande no direito, como na sociologia e na economia política. Suas raízes aprofundam-se tanto no terreno do direito privado como no direito público.” MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito das coisas*. v. 3, 18. ed. Saraiva: São Paulo, 1979. p. 88.

⁶⁴ Ensina Celso Bastos que “a propriedade, se vista do ângulo do direito civil, não é senão um direito subjetivo, consistente em assegurar a uma pessoa o monopólio da exploração de um bem e de fazer valer esta faculdade contra todos que eventualmente queira a ela se opor.” Contudo, prossegue o autor, “nos Estados de doutrinas individualistas o direito de propriedade erige-se num dos direitos fundamentais do homem, ao lado da liberdade e da segurança. Ele vai buscar sua fundamentação no direito natural. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, assim encara a propriedade, é de dizer: entre os direitos naturais imediatamente após a liberdade, antes da segurança e da resistência à opressão.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 207.

peçoais, oponíveis *inter partes*,⁶⁵ assiste verdadeiro direito subjetivo, fundamental, de primeira grandeza, ao que a Lei Suprema do Estado Brasileiro denominou direito fundamental, de propriedade.⁶⁶

Assim, diga-se, de início, que o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição Federal, que assegura à pessoa o direito de propriedade.⁶⁷ Mas não é possível entender sua fundamentalidade⁶⁸ sem antes conhecer o solo em que a propriedade finca suas raízes: a liberdade.⁶⁹

É da personalidade jurídica, inerente a qualquer pessoa, que decorre a liberdade – por isso, ser livre é inato ao homem.⁷⁰ A liberdade, por sua vez, projeta no homem a propriedade como dinâmica de sua personalidade jurídica.⁷¹ Pois, como

⁶⁵ O titular de direitos contratuais que nos referimos é aquele a quem não interessa a rescisão contratual, fundada na irregularidade da incorporação; antes, ele deseja receber o objeto de seu contrato. Por vezes, esse adquirente já habita o imóvel, mas dele não possui o respectivo registro tabular e, em determinados casos, como no de grandes condomínios residenciais, mistos e de veraneio, que se desenvolvem em fazes, sequer as obras se concluíram, e a regularização administrativa e registral é providência distante.

⁶⁶ Aproveu ao legislador constituinte de 1988 outorgar *status* de direito fundamental à propriedade, tal como o fizeram as demais Constituições anteriores: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade;”

⁶⁷ Esclarecem Dimoulis e Martins que “os direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais, e portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.” DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

⁶⁸ Para a compreensão do que vem a ser a fundamentalidade de um direito, contribui Sarlet: “Como já frisado alhures, intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade, que, de acordo com a lição do jusfilósofo Robert Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por Gomes Canotilho, ‘aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material.’ A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que – neste sentido, se cuida de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando, portanto (pelo menos num certo sentido) e como leciona João dos Passos Martins Neto, de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte (...); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 75,76.

⁶⁹ BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1966. p. 375.

⁷⁰ GRIMM, Dietier. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006. p. 78,19.

⁷¹ Firme, nesse sentido, em LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. *Horizontes del pensamiento jurídico: estudios de filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1947. p. 172. Ainda, Loke afirma que “cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito, senão

refere Oliveira: “[...] a propriedade é imprescindível para o desenvolvimento da personalidade da pessoa, razão pela qual é necessário que o ordenamento jurídico a tutele amplamente.”⁷²

Não por outra razão que a Constituição Cidadã, na mesma tendência de suas predecessoras, alçou o direito de propriedade à categoria de direito fundamental-individual,⁷³ com a finalidade de limitar, em face dele, o exercício do poder estatal, como forma de preservação da liberdade.⁷⁴

Passa-se, então, nas linhas seguintes, a um esboço sobre os direitos fundamentais, para melhor compreensão do tema.

Afirma Silva que o processo de evolução histórica dos direitos fundamentais dificulta a sua conceituação sintética e precisa, porém, assevera serem *direitos fundamentais* as situações jurídicas, previstas na Constituição, sem as quais o indivíduo “não se realiza, não convive, e às vezes, nem mesmo sobrevive.”⁷⁵

E, a esse respeito, ouça-se Barboza:

ele mesmo.” LOKE, John. *Segundo tratado sobre governo civil*. São Paulo: IBRASA, 1963. p. 20. E Arendt, complementa, nesse sentido, que “Loke fundou a propriedade privada, naquilo cuja propriedade é a mais privada de todas, a ‘propriedade (do homem) no tocante a si mesmo’, ou seja, o seu próprio corpo”. ARENDT, Hanna. *A condição humana*. 10. ed. São Paulo: Forense, 2004. p. 123.

⁷² OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. p. 93.

⁷³ “Desde una perspectiva estrictamente jurídica, se habla de “derechos fundamentales” para referirse a aquellos derechos que reconoce y garantiza una Constitución que se configura como la norma suprema del ordenamiento y que, por tanto, vincula a todos los poderes públicos, incluido el legislativo”. SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela. Los derechos fundamentales en la España del siglo XX. In: ALVAR, Jaime Ezquerra. *Teoría de la justicia y derechos fundamentales: estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*. v. 3. Madrid: Dynkinson, 2008. p. 1219.

⁷⁴ Em Ruffia, há interessante pensamento acerca da fundamentalidade da propriedade, derivado da doutrina contratualista, segundo o qual deve o Estado preservar a propriedade ao indivíduo, como projeção de sua liberdade, porque “íntegra, a propriedade, o resíduo de liberdade natural, que restou ao homem em face da liberdade sacrificada para a construção do Estado.” RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional: instituições de direito público*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 517.

⁷⁵ O Prof. José Afonso da Silva afirma que foi Pérez Luño que melhor condensou num conceito a significação do que vem a ser direitos fundamentais: “não é fácil concretizar a riqueza multifária da expressão *direitos fundamentais do homem*, ou *direitos fundamentais da pessoa humana*, ou *direitos fundamentais*, numa definição lógica e sintética. Alguns autores o tentaram, parece-nos que a de Pérez Luño se aproxima mais daquele conteúdo que outros, utilizando a terminologia *derechos humanos* “como conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidade, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique et al. Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema. In: SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33.ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178.

A noção de direitos fundamentais, como sendo este núcleo mínimo, está associada à ideia de direito fundante, um direito que paira acima de qualquer lei e que, portanto, constitui norma inderrogável por qualquer outro dispositivo jurídico vigente no sistema. É dizer, os direitos fundamentais constituem normas de força constitucional, que comportam uma carga axiológica digna de oferecer fundamento às garantias inalienáveis, fruto da vontade suprema de um povo. Vale dizer, dão fundamento à própria Constituição de um Estado, no sentido de que o próprio Estado irá se submeter às leis constituídas, se auto-obrigando ao respeito e garantia dos direitos fundamentais.⁷⁶

Em Alexy, encontra-se o complemento a esse conceito, para quem os direitos fundamentais são direitos que constituem o fundamento do próprio Estado, e que por isso foram inseridos no texto Constitucional como *itens* de estrutura e substância do Estado.⁷⁷

Mas é em Sarlet que encontramos a definição que melhor explica os direitos fundamentais:

[...] a noção de direitos fundamentais como direitos reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição (sendo assim passíveis de diferenciação em relação aos direitos humanos, considerados como aqueles reconhecidos pelo direito positivo internacional) encontra-se necessariamente vinculada ao que se tem designado de dupla fundamentalidade formal e material, designadamente a circunstância de que se cuida de bens jurídicos que, na ótica do Constitucionalismo, expressa ou implicitamente enunciada, são dotados de suficiente relevância e essencialidade (fundamentalidade material) a ponto de merecerem e necessitarem de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais, mas especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos.⁷⁸

Esses direitos surgiram quando ainda não havia a figura do Estado; eram decorrentes, unicamente, da personalidade jurídica de que são dotados todos os

⁷⁶ BARBOZA, João Luiz. A propriedade como direito fundamental. *Revista Acadêmica de Direitos Fundamentais*, Osasco, ano 2, n. 2, p.45-56, jan. 2008, p.49.

⁷⁷ “Direitos fundamentais são apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado, e que por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição. Dizer que um direito constitui o fundamento do próprio Estado, é expressar uma definição substancial. Dos fundamentos do Estado Liberal (...) faz parte apenas um grupo de direitos, os direitos individuais de liberdade. Direitos fundamentais (...) seriam apenas aqueles que tivessem uma determinada estrutura, qual seja, a dos direitos individuais de liberdade.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 67.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 329.

homens,⁷⁹ deles já eram titulares, quando nem havia organização político-jurídica que os reconhecesse. Simplesmente eram inatos aos indivíduos.

Mas foram as revoluções liberais que os positivaram em seus textos,⁸⁰ que primeiro os incluíram em suas declarações, a fim de proclamar ao poder absoluto do Estado que, no exercício de seu poder de editar normas jurídicas, não era lícito reputar-se não sujeito a limitações de quaisquer espécies. Os direitos fundamentais, sim, constituem tais limitações.⁸¹

Registra-se, porém, que no processo de evolução histórica dos direitos fundamentais, a Reforma Protestante foi de suma importância para seu reconhecimento. Em Sarlet se lê: “(...) foi a Reforma Protestante que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa.”⁸²

Dotados de certos caracteres que os distinguem das demais *classes* de direitos, Oliveira, sinteticamente (como visto anteriormente), acredita que os direitos fundamentais inatos ao homem são decorrentes da condição de sua personalidade jurídica; e Silva os caracteriza como *inalienáveis* – por serem eminentemente indisponíveis, inegociáveis – *imprescritíveis* – por serem sempre exercíveis e

⁷⁹ “(...) e diga-se do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*.” SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178.

⁸⁰ Acerca de tal previsão, pelos revolucionários dos séculos XVII e XVIII, é interessante o complemento de Brito: “De fato, como explicado no início deste livro, o homem é animal que se distingue dos demais pelo fato de diferenciar o *real* do *possível*. Tem a aptidão de conhecer o direito que existe e de imaginar o direito que poderia existir. Essa sua característica, inafastável por decorrer de sua natureza de ser racional, confere-lhe a faculdade de julgar. Julgar se existe alguma possibilidade, a ser implementada, que lhe parece melhor que a realidade atual. Dessa forma, é impossível suprimir do homem a capacidade de, diante de uma ordem jurídica, imaginar-lhe um conteúdo diferente; ou de considerar que *o que o direito é depende de certa forma do que o direito deve ser*, pois o valor dado por cada um ao *direito que é* depende da adequação deste *direito que é* à ideia que cada um tem do direito que *deve ser*.” MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 35, 36.

⁸¹ Eis a excelente contribuição do Prof. Gustavo Oliveira, que amplia o entendimento acerca do surgimento dos direitos fundamentais: “As revoluções liberais, supedaneadas no substrato filosófico do contratualismo, incluíram em textos jurídicos a concepção, que assumiu predominância nos séculos XVII e XVIII, de que a pessoa humana é titular de direitos que antecedem ao próprio Estado, motivo pelo qual deve ser resguardada uma esfera de proteção inviolável. Esses direitos individuais-fundamentais surgiram para o mundo jurídico com a característica de universalidade, que expressa o seu caráter neutro, pois são indiferentes às crenças, às ideologias, às religiões ou às nacionalidades, já que basta ser sujeito de direitos para deles ser titular. Ademais, esse atributo da universalidade também se relaciona com o fato de que estes direitos são anteriores ao Estado.” OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. p.96.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 42.

insuscetíveis de intercorrências temporais – e *irrenunciáveis* – devido ao fato de não pertencerem à esfera de livre disposição do indivíduo, vedado à pessoa dele abdicar.⁸³

Já foi dito que, a partir da Reforma Protestante, mas com ênfase nas Revoluções Liberais, os direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos e positivados. E desde então, no seu processo evolutivo, outros foram, progressivamente, acrescentados ao catálogo.

A mutação histórica que deu azo ao reconhecimento desses *novos* direitos fundamentais foi *classicamente* cunhada de geração;⁸⁴ e são três as clássicas gerações desses direitos (há, ainda outras três, que são sinteticamente tratadas nas linhas posteriores). De primeira geração (*dimensão*), são os direitos de liberdade; de segunda, os direitos de igualdade; de terceira, os de fraternidade, lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*.⁸⁵

De primeira dimensão, são os direitos de aspecto defensivo, concebidos a partir dos propósitos liberais, caracterizados negativamente, porque impõem ao Estado uma obrigação de abstenção, um *não fazer*. Segundo Lafer, tais direitos demarcam uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder.⁸⁶

Conforme afirma Lorenzetti, são exemplos o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à integridade física. Dentre eles, destacamos o direito de propriedade, em sua significação específica, de conteúdo patrimonial.⁸⁷

São de segunda dimensão os direitos econômicos, sociais e culturais. Escreve Oliveira⁸⁸ que tais direitos “correspondem a uma prestação positiva,

⁸³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 180.

⁸⁴ Ingo Sarlet adverte para o fato de que “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual a quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição essa que aqui optamos por perfilhar na esteira da mais moderna doutrina.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 42.

⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57.

⁸⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 126.

⁸⁷ LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 153.

⁸⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. p. 97.

porquanto visam melhorar as condições de vida e de trabalho das pessoas. Traduzem uma obrigação de fazer do Estado, sendo incorporados por meio do constitucionalismo social em meados do século passado.”⁸⁹

São modelos de direitos de segunda dimensão o direito de greve, a liberdade de sindicalização, os direitos dos trabalhadores, assim considerados uma densificação do princípio da justiça social.⁹⁰

Para Bonavides, os direitos de segunda dimensão conferem um sentido material ao princípio da igualdade, que formalmente já havia sido reconhecido.⁹¹

Os direitos fundamentais de terceira dimensão referem-se à solidariedade e fraternidade. Para Lorenzetti⁹², são “direitos referentes à qualidade de vida”. Explica Oliveira que tais direitos tutelam bens como: o patrimônio histórico cultural da humanidade, o patrimônio genético da espécie humana, o direito à autodeterminação. Tratam-se dos denominados direitos difusos, que interessam em geral à comunidade, sem que exista uma determinada titularidade individual.⁹³

Sarlet acrescenta que esses direitos

trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (...) em face de sua aplicação transindividual, exigindo responsabilidades e esforços, em escala até mesmo mundial para sua efetivação.⁹⁴

⁸⁹ Como contribuição acerca do tema, Sarlet defende que “o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo, acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 47.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 48.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 518.

⁹² LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 154.

⁹³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. p. 98.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 48, 49.

Há, ainda, posicionamento doutrinário no sentido de haver direitos de quarta e quinta dimensões.⁹⁵ Firmado em Bonavides, o Prof. Sarlet afirma que os direitos fundamentais de quarta dimensão são o produto da globalização dos direitos fundamentais, “no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião (Bonavides), à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”. É composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (...). Os direitos de quarta e quinta dimensão compreendem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.⁹⁶

Dele, porém, diverge Lorenzetti,⁹⁷ para quem os direitos de quarta dimensão assumem outro caráter: “Outros direitos existem, que surgem de um processo de diferenciação de um indivíduo em relação ao outro. Trata-se de questões tais como o direito à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, a recusar tratamentos médicos que levem à morte.”⁹⁸

Para Sarlet, haveria ainda uma quinta dimensão, fundada no direito à paz (interna e externa); paz “em todo sentido que se possa assumir, não reduzida à ausência de guerra entre as nações ou de ausência de guerra civil (interna), é condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural”,⁹⁹ pressuposto da efetividade dos direitos humanos fundamentais de forma geral.

Ao adotar a expressão *direitos e garantias fundamentais* para, genericamente, expressar as mais diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 foi assaz inovadora e abarcou em seu conteúdo a potencial

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 50.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 51.

⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 154.

⁹⁸ Sarlet, porém, discorda de Lorenzetti e adere à posição de Paulo Bonavides: “A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolamos direitos contra manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 51.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 52.

efetividade de todos os direitos fundamentais reconhecidos e positivados neste momento da história.¹⁰⁰

Essa Constituição teve por objetivo restaurar a preeminência do respeito aos direitos individuais como forma de compromisso do Estado em não mais intervir na esfera da autonomia das pessoas, e na sociedade civil, salvo se para assegurar a dignidade de todos – o melhor interesse da coletividade.¹⁰¹ A respeito dessa Constituição, Mendes assevera com peculiar clareza:

A Constituição, que, significativamente, pela primeira vez na história do nosso constitucionalismo, apresentava o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e o título dos direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de organização do Estado, estava mesmo disposta a acolher o adjetivo *cidadã*, que lhe fora predicado pelo Presidente da Assembleia Constituinte no discurso da promulgação.¹⁰²

Miranda, com a argúcia que lhe é peculiar, discerne a propriedade do domínio. Explica que a propriedade “é tudo que se tem como próprio”, tudo o que é parte do patrimônio (designado pelo conjunto dos bens de uma pessoa; quer se trate de direitos reais, quer de direitos pessoais); já o domínio consiste no poder que se tem sobre as coisas corpóreas.¹⁰³

¹⁰⁰ “(...) há que se levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regimento dos partidos políticos (Capítulo V).” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 28.

¹⁰¹ A docência de Leal contribui para melhor compreensão da ideia: “Na Constituição brasileira de 1988, a inviolabilidade do direito à propriedade é proclamada no caput do art. 5º. O inciso XXII do mesmo artigo, por seu turno, preceitua: é garantido o direito de propriedade. O art. 170, ainda, insere a propriedade privada entre os princípios da ordem econômica. Isso não significa, todavia, que a propriedade assume, em face da ordem constitucional, caráter absoluto, que inadmitte restrições. A exemplo de diversos direitos fundamentais, o direito de propriedade comporta limitações e abrandamentos em sua aplicação em nome de outros valores também tutelados pelo texto constitucional.” LEAL, Roger Stiefelmann. *A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias*. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496577>>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 56.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102.

¹⁰³ “Propriedade é tudo o que se tem como próprio (...). É próprio nosso tudo o que é parte do nosso patrimônio, que é o nome que se emprega para designar o todo composto dos bens reunidos sob a pessoa a que pertence. (...) o patrimônio é coextensivo às propriedades de alguém, quer se trate de direitos reais, quer de direitos pessoais. O domínio, não. Não há domínio de direitos pessoais. Já aí intervém o conceito de corporeidade; não se fala do domínio dos direitos oriundos de contrato de locação de serviços ou de empréstimo. A ‘dominica potestas’ é o poder sobre as

Nessa senda, se na essência da propriedade está contido o patrimônio, e este contém, por sua vez, os direitos pessoais, é a propriedade mais ampla que o domínio. Assim, desvenda-se possível considerar que a propriedade, em sua acepção fundamental, exsurge dos direitos contratuais do titular, em incorporação imobiliária, a partir unicamente do contrato, e não do registro do título translativo no Registro de Imóveis, no contexto em que se desenrola este escrito. Ouça-se Leal:

No ordenamento brasileiro, o art. 1.228, do Código Civil, estatui os elementos nucleares da propriedade, definindo-a como a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem que injustamente a possua ou detenha. (...) Indaga-se, porém, se a definição civilista de propriedade condiciona ou limita o âmbito de proteção da norma constitucional que assegura o direito fundamental de propriedade. Isto é, a proteção do art. 5º, XXII, da Constituição de 1998, alcança apenas a propriedade tal como definida no art. 1.228, do Código Civil, ou estende-se, também, a outros direitos de natureza patrimonial? (...) tem majoritariamente prevalecido via interpretativa de maior alcance ao direito fundamental de modo a abranger não apenas a definição de propriedade constante na legislação civil, mas também outros direitos de conteúdo patrimonial (...) o aproveitamento privado de um direito patrimonial.¹⁰⁴

Desse modo, é possível que o titular de direitos contratuais, em incorporação imobiliária irregular, reclame o efetivo adimplemento das obrigações contratuais assumidas pelo incorporador, caso se desvie do projeto ofertado aos adquirentes, com espreque no direito fundamental da propriedade.

Silva afirma que, ao estabelecer o direito fundamental de propriedade, a Constituição disciplinou o seu regime fundamental, sua disciplina jurídica, de tal sorte que o Direito Civil não regula a propriedade, mas tão somente as relações civis que a ela se referem.¹⁰⁵

coisas (corpóreas) assim, como se falava e se fala de 'patria potestas' ou poder dos pais sobre os filhos. (...) domínio é o direito limitado, quanto ao conteúdo, mas, dentro desse, ilimitado, de poder sobre a coisa." MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XI. Campinas: Boockseller, 2001. p. 59, 60.

¹⁰⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. *A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias*. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496577>>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 57. Em complemento, veja-se Monteiro: "Do ponto de vista jurídico, cumpre desde logo salientar as duas acepções do direito de propriedade. Num sentido amplo, este recai tanto sobre coisas corpóreas como incorpóreas. Quando recai exclusivamente sobre as coisas corpóreas tem a denominação peculiar de *domínio*. A noção de propriedade mostra-se, destarte, mais ampla e mais compreensiva do que a de domínio. Aquela representa o gênero de que este vem a ser a espécie." MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito das coisas*. v. 3, 18. ed. Saraiva: São Paulo, 1979. p. 88.

¹⁰⁵ Assenta o digitado autor: "Os juristas brasileiros, privatistas e publicistas, concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinada ao Direito Civil, considerado direito real fundamental. Olvidam as regras de Direito Público, especialmente de Direito Constitucional que igualmente disciplinam a propriedade. (...) Essa é uma perspectiva dominada pela atmosfera

Baleeiro, outrossim, acolhe a mesma concepção fundamental de propriedade, amplia sua compreensão quando, em seus escritos, encerra de forma tão objetiva: “não nos parece que a interpretação deva ser restritiva, afinal, a posse é atributo da propriedade, e deve ser incluída no conceito desta para efeitos do Direito Fiscal.”¹⁰⁶

E nesse diapasão, acrescenta Mendes que, desde a Constituição de Weimar (Alemanha, 1919), a garantia do direito de propriedade “deve abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não.”¹⁰⁷

Diga-se, então, que em sua acepção fundamental, a propriedade implica ao titular, ao menos em sentido geral e abstrato, o direito de exercer sobre a coisa qualquer faculdade imaginável, desde que tais faculdades não sejam limitadas pelo direito objetivo, pelo interesse público, ou contrariadas pelo direito de terceiros.¹⁰⁸

Especialmente quanto ao referido *direito de terceiros* (em que se acha contido o patrimônio da pessoa), tal sentido abstrato se refere à ideia de que “quanto mais avança o conceito de solidariedade social,¹⁰⁹ tanto maiores são as restrições e os

civilista, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações de propriedade privada, sujeita, hoje, à estreita disciplina de Direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Em verdade, a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, pois como assinalamos, estabelece também seu regime fundamental, de tal sorte que o Direito Civil não disciplina a propriedade, mas tão somente as relações civis a ela referentes.” SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 273, 274.

¹⁰⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 312.

¹⁰⁷ “Essencial para a definição e qualificação (da propriedade) passa a ser a ‘utilidade privada’ (Privatnutzigkeit) do direito patrimonial para o indivíduo, isto é, a relação desse direito patrimonial com o titular. Vê-se, assim, que o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende a concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial, como as pretensões salariais e as participações societárias. Em rigor, trata-se de especificações do direito de propriedade no sentido em que Bobbio fala de especificações (novas) dos direitos fundamentais. Essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só à propriedade privada em sentido estrito, mas fundamentalmente às demais relações de índole patrimonial.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 323.

¹⁰⁸ Ruggiero trás à colação o § 903, do Código Civil Alemão, para ilustrar a amplitude dessa ideia: “O proprietário de uma coisa pode, enquanto não se opuserem a lei e os direitos dos terceiros, comportar-se para com ela como quiser, e excluir os outros de qualquer ingerência nela.” RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direitos de família, direitos reais e posse*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 373.

¹⁰⁹ Em Ruggiero se lê que “a propriedade tem uma função social, visto satisfazer uma exigência humana e, até onde a satisfaz, o direito protege-a (...).” RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direitos de família; direitos reais e posse*. v. II. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 380.

vínculos a que, no interesse geral e para a utilização social da riqueza, a propriedade está sujeita”¹¹⁰.

Já na Lei das XII Tábuas, essa ideia de patrimônio, com significado e imbricação social, se fazia perceber – ainda que de forma embrionária – quando era garantido ao viticultor que utilizou madeira de propriedade de outro para a escora de sua videira ou ao construtor que a utilizou para a edificação de sua casa o direito de mantê-la sob seu poder, mediante indenização ao proprietário, pelo dobro de seu valor.¹¹¹.

1.4 Apontamentos sobre a Função Social da Propriedade

Historicamente, desde o início do processo de civilização da sociedade romana, é possível observar o direito de propriedade submisso ao interesse da coletividade.¹¹² Ainda que entre os romanos a propriedade fosse concebida como o direito de *usar, gozar e dispor (abutere ou abutendi)*, e este último poder constituísse a mais ampla de todas as prerrogativas do proprietário, o direito de *abutere* não implicava ao titular a possibilidade de *abusar* da coisa possuída, em desprestígio de outrem, mas apenas o direito de livre e irrestrita disposição pelo seu proprietário: “a faculdade de alienar a coisa nos termos que entendesse.”¹¹³

¹¹⁰ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. Trad. Ary dos Santos. v. II. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 374.

¹¹¹ “Que a madeira utilizada para a construção de uma casa, ou para amparar a videira, não seja retirada só porque o proprietário a reivindica; mas que aquele que utilizou a madeira que não lhe pertencia seja condenado a pagar o dobro do valor; e se a madeira é destacada da construção ou do vinhedo, que seja permitido ao proprietário reivindicá-la;” CÓDIGO de Hamurabi; Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. 3. ed. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. São Paulo: Edipro, 2011. p. 128.

¹¹² É Maria Cristina Cereser Pezella que bem observa haver entre os romanos a submissão do exercício da propriedade à sociedade. E, conforme traduz em sua obra, o privilégio do princípio da humanidade em detrimento dos demais princípios do direito, entre os romanos, já podia ser percebido em razão desses traços de socialidade. Isso permite, em seu sentir, que seja afastado o individualismo como característica evidente da propriedade romana, pois, mesmo quando exercida individualmente, a propriedade sempre esteve sujeita ao interesse social. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 218.

¹¹³ CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. E nesse mesmo sentido, Silvio Rodrigues melhor esclarece: “*Jus abutendi* quer dizer direito de dispor da coisa, alienando-a. Não significa prerrogativa de abusar da coisa, destruindo-a gratuitamente. Aliás, se nem no direito romano se admitia a ideia de uso anti-social do domínio, hoje tal noção é inconcebível, principalmente em um país como o nosso, cujas várias Constituições de há muito proclamam que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.” RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. v. 5. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 78.

Em verdade, os romanos concebiam a propriedade a partir da ideia de reciprocidade em relação às outras propriedades e reconheciam a existência de certos limites ao seu exercício.¹¹⁴

Para Scavonne, entretanto, foi somente no século VI que os romanos introduziram ao regime da propriedade as primeiras limitações ao seu sentido absoluto. E as primeiras restrições recomendavam limites de reciprocidade, para que pudessem coexistir cada qual com a propriedade do outro. E foi somente pouco antes do Renascimento que o conceito de propriedade sedimentou-se como a livre possibilidade sobre a coisa apropriada, à exceção daquilo que a lei proibia. Em seu sentir, pela primeira vez, em Roma, a propriedade era configurada com limitações.¹¹⁵

São Tomás de Aquino reconheceu ao homem um direito imanente à natureza humana: o apossamento de bens materiais como extensão de sua liberdade.¹¹⁶ Ao que foi seguido, no século XIX, pelas encíclicas papais que, fundadas na visão

¹¹⁴ Apesar da concepção absoluta do direito de propriedade, entre os romanos já se encontrava a vedação ao abuso de direito e à prática de atos emulativos, como se vê em Gustavo Henrique de Oliveira: “Os impedimentos às obras sem proveito algum ao proprietário, as limitações ao direito de propriedade em benefício dos vizinhos, a proteção dos escravos e dos filhos, evidenciam que os romanos, apesar de não sistematizarem o ato abusivo com os contornos como hoje é conhecido, entendiam existir limites no exercício dos direitos cuja ideia limitadora manifesta o núcleo central do abuso do direito.” E noutro ponto: “Voltando ao Direito Romano, existem alguns fragmentos onde se verifica a condenação ao exercício prejudicial dos direitos com o objetivo de lesar terceiros, notadamente com relação aos direitos de propriedade e de vizinhança (atos emulativos), assim como a condenação dos atos maliciosos e fraudulentos. Em favor dessa existência, encontram-se citações de máximas, como a simbólica *summum jus, suma injuria*, de Cícero, ou *maliitis non est indulgendum* ou *non omne quod licet honestum est*, de Paulo.” OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. p. 46,47. Em tradução livre, respectivamente: “Não deve haver indulgência para as malícias”, e “nem tudo o que é lícito é honesto”.

¹¹⁵ “Na verdade, a partir de Justiniano, no século VI, Roma começou a assistir à transformação do antigo conceito de propriedade. Antes desta época, era rigorosamente homenageado o cunho individualista, que atribuía ao seu titular o pleno direito de usar, gozar e dispor do que lhe pertencesse, da maneira que melhor lhe aprouvesse. Essa ideia de absolutismo da propriedade, mesmo em Roma, ainda que lentamente, foi modificada, contemplando algum conteúdo social. Aparecem as primeiras restrições, disciplinadas, entretanto, pelos direitos recíprocos de cada proprietário, ou seja, cada um também devia o mesmo respeito ao direito do outro, na mesma equivalência, dentro da órbita do direito privado.” SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 9.

¹¹⁶ São Tomás de Aquino, no século XIII, concebeu a propriedade como um bem que devia estar a serviço de todos: “o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só (...). O exercício da liberdade depende de reservas econômicas, uma ordem social que lhe (ao homem) assegure a subsistência, sem perda de dignidade.” BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional - urbano e rural: função social da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 183.

tomista, reafirmaram o direito do homem ao apossamento de bens, concedido pela própria natureza.¹¹⁷

Entrementes, surgiu no século XVIII a Escola dos Fisiocratas, que atribuía à propriedade um componente de direito natural do homem, decorrente de seu esforço e trabalho, como extensão imediata do pertencimento que ele exerce primeiro sobre si. E foi sob a influência dessa Escola que os revolucionários incluíram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão a propriedade como direito natural e imprescritível do homem.¹¹⁸

A revolução francesa ressignificou a noção de propriedade e promoveu substancial transformação em seu conteúdo, no cotejo com o conceito medieval vigente até então. O Código de Napoleão, apelidado de Código da Propriedade, maximizou o seu valor, apregoando o individualismo jurídico como força motriz da economia. Pereira bem sintetizou a ideia:

Em torno dela (*propriedade*) construiu-se a economia. Em função de sua extrema valoração, os princípios jurídicos se assentaram (...). O jurista classificou, numa espécie de aristocracia bonitária, a coisa imóvel como a mais importante, porque a propriedade imobiliária traduz mais que outra qualquer a ideia de assenhoreamento, de conservação e de equilíbrio econômico. Aquele a quem pertencem mais coisas tem uma importância social maior. Descrente da aristocracia de linhagem, a sociedade moderna constituiu uma nova ideia nobiliárquica, e fundou a aristocracia econômica. O homem valendo pelo que tem, cada um procura mais ter, construir a sua fortuna, como forma de influir.¹¹⁹

¹¹⁷ Outra vez, de acordo com o Prof. Gustavo Henrique de Oliveira, citando Silvio de Salvo Venosa: “O princípio da função social da propriedade tem como fontes a encíclica papal *rerum novarum*, proclamada pelo Papa Leão XIII, em 1891, considerada como fundamento da Doutrina Social da Igreja.” E ainda, segundo o mesmo autor: “Acrescente-se, ainda, a encíclica *quadragésimo anno*, de Pio XI, editada em 1931, cujo teor veio ratificar a *rerum novarum*, e (...) a encíclica *Mater et Registra*, do Papa João XXIII, de 1961, explicita que a propriedade é um direito natural, contudo, deve ser exercitado não apenas no interesse de seu titular mas também para o bem da coletividade”. OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. p. 119 apud VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 168.

¹¹⁸ “A influente Escola dos Fisiocratas, de matriz iluminista, que aderindo ao princípio estoico da lei natural, via a propriedade como dela integrante, atribuindo à natureza o fato de ter o homem a propriedade exclusiva de sua pessoa e dos bens adquiridos com o seu esforço e o seu trabalho. (...) a doutrina fisiocrata, de exaltação da propriedade, deitou decisiva influência nos revolucionários de 1789, tendo a Assembleia Nacional, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, afirmado que a propriedade era um dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, inviolável e sagrado (arts. 2º e 17), tendo a Constituição de 1793, por sua vez, reafirmado que a igualdade, a liberdade, a segurança, e a propriedade estavam entre os direitos naturais e imprescritíveis do homem (arts. 1º e 2º).” MENEZES, Olindo Herculano de. *Perfil da propriedade contemporânea: destaque da propriedade fundiária*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4076/1/2009_OlindoHerculanoMenezes.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017. p. 30.

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 8.

Serpa Lopes afirma que, no início do século XX, Josserand e Leon Duguit ressaltam a utilidade social como fundamento da propriedade, expressando a ideia de que o direito de propriedade está ligado a um dever perante a sociedade.¹²⁰

Na ordem jurídica nacional, afirma Barruffini, somente a vigente Constituição viu na propriedade uma função social, enquanto nas passadas, “desde a Imperial (1824) e, em tese, na de 1937, e na Lei Constitucional nº 5, de 10-3-1942”, o direito se manteve em toda sua plenitude.¹²¹

Dele, porém, divergem Oliveira e Tepedino e Schreiber, para os quais, respectivamente, as Constituições de 1934 e 1946 já haviam tratado da matéria.¹²² E registra Chalhub que o anteprojeto de Constituição brasileira, remetido à Assembleia Nacional Constituinte, no ano de 1933, prescrevia, em seu art. 114: “É garantido o direito de propriedade com o conteúdo e os limites que a lei determinar. A propriedade terá, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo”.¹²³

¹²⁰ Refere-se Serpa Lopes que, para Josserand, “toda vez que o exercício do direito ultrapassar os limites da função para ele definida, o titular do direito pratica abuso de direito. Assim, se o direito de propriedade for exercido sem utilidade, caracteriza-se abuso por se encontrar o direito desviado da sua destinação econômica e social.” (...) e prossegue, no tocante a Leon Duguit, “se a afetação de uma coisa à utilidade individual está protegida, deve-se antes de tudo à utilidade social dela resultante.” SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. 3. ed., v. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 242,243.

¹²¹ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional - urbano e rural: função social da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 183.

¹²² Para Oliveira: “A questão da funcionalidade da propriedade, ou seja, de sua função social, adentrou pela primeira vez em nosso sistema jurídico por meio da Constituição de 1934 que asseverou, em seu artigo 113, § 17, o seguinte: ‘Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §17 É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar’”. OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. p.119. E na visão de Tepedino e Schreiber: “Foi somente com a Constituição de 1946, produto de uma postura intervencionista e assistencialista adotada pelo Estado brasileiro após os anos 30, que se introduziu em nosso ordenamento a preocupação com a funcionalização da propriedade ao interesse social. O artigo 147 do referido texto constitucional em muito se assemelhava àquele estampado na Constituição de Weimar: ‘O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos’” TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n. 76, jun. 2004. p. 34.

¹²³ CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 64.

Assegurada pela Lei Magna (art. 5º, XXIII) e pelo Código Civil (§1º, do art. 1.228),¹²⁴ seu ingresso na lei nacional se deveu ao fato de que, para incorporar em seu conceito o *Social* e o *Democrático de Direito*, exigiu-se do Estado estrita obediência a valores fundamentais da pessoa humana,¹²⁵ expressa a partir da restrição de direitos outrora considerados absolutos, como no caso do direito de propriedade.¹²⁶

O significado da função social da propriedade está fundado na finalidade do direito de propriedade¹²⁷ muito mais como um princípio de ordem econômica, cujo escopo consiste em *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*, do que puramente no direito individual que a propriedade representa. Ela se estrutura, se ordena e se explica, em toda a extensão de seu conteúdo, como função social.¹²⁸

¹²⁴ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

¹²⁵ BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional - urbano e rural: função social da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 182.

¹²⁶ E nesse sentido, muito contribui Olindo Herculano de Menezes: “Nessa direção, alude-se à reflexão de Karl Renner, demonstrando que o poder sobre os bens engendra um poder sobre as pessoas, o proprietário, no exercício do poder proprietário, acaba por converter a autonomia em heteronomia da vontade. ‘A propriedade, de mero título passa a dispor de objetos materiais, converte-se em um título de poder e, na medida em que possibilita o exercício de tal poder no interesse privado, em título de domínio’. E daí a necessidade de técnicas jurídicas de contensão (...). Torna-se cada vez mais clara, por consequência, a consciência da necessidade de se desenvolver mecanismos jurídicos destinados à superação das situações de dominação oriundas do livre exercício do direito de propriedade, entre eles se situando, a partir da longa perspectiva histórica, a função social da propriedade.” MENEZES, Olindo Herculano de. *Perfil da propriedade contemporânea: destaque da propriedade fundiária*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4076/1/2009_OlindoHerculanoMenezes.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017. p. 276.

¹²⁷ Conf. Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

¹²⁸ “Se é assim, então a propriedade privada, que ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio (*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*). É claro que, também, não é sem consequência o fato de estar inserida, no seu aspecto geral, entre as normas de previsão dos direitos individuais. É que, previsto como tal, fica assegurada a instituição, não mais, porém, na extensão que o individualismo reconheceu. Com as novas disposições a Constituição dá ainda maior razão a Pontes de Miranda, quando escreve que às leis é que compete regular o exercício e definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade, pois que, no art. 5º, XXII, só se garante a instituição de propriedade, sendo suscetíveis de mudança por lei seu conteúdo e limites.” SILVA, José Afonso. *Curso de direito*

A propriedade tornou-se social quando o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício dos poderes do proprietário não mais deveria ser protegido exclusivamente para a satisfação de seu próprio interesse,¹²⁹ mas ser empregada para o crescimento e interdependência social, exercida no interesse social. Atribuída a propriedade ao seu titular, o interesse coletivo, público, passou a ser preponderante em relação ao interesse privado.¹³⁰

Esse princípio transformou a propriedade capitalista, sem, contudo, socializá-la;¹³¹ condicionou-a, em sua totalidade, e não apenas em seu exercício; passou a constituir o fundamento de seu regime jurídico, introduzindo na esfera interna do direito de propriedade um interesse que pode vir a não coincidir com o do proprietário, revelando-se, verdadeiramente, como um princípio ordenador da propriedade privada, fundamento de sua atribuição, de seu reconhecimento e de sua própria garantia, incidindo diretamente sobre o seu conteúdo.¹³²

E não pode, esse princípio, ser confundido com os sistemas de limitação da propriedade, pois estes dizem respeito ao exercício do direito por seu titular, enquanto o primeiro se refere à estrutura do próprio direito.¹³³ O princípio

constitucional positivo. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 271.

¹²⁹ “A Constituição garante o direito de propriedade, desde que este atenda a sua função social. Se diz: *é garantido o direito de propriedade* (art. 5º, XXII), e *a propriedade atenderá a sua função social* (art. 5º, XXIII), não há como escapar ao sentido de que só garante o direito da propriedade que atenda a sua função social. A própria Constituição dá consequência a isso quando autoriza a desapropriação, com pagamento mediante título, de propriedade que não cumpra a sua função social (art. 182, §4º, e 184).” SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 6. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. v. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 270.

¹³⁰ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 109.

¹³¹ “(...) Isto é, exceto nas hipóteses radicais de desapropriação, jamais se confundirá a função social da propriedade com socialização da propriedade, pois será respeitado um mínimo de exclusividade dos poderes dominiais ao proprietário, imune à ação de terceiros, dentro do qual poderá preservar a intimidade e os direitos da personalidade da entidade familiar. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 5, 9. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 351.

¹³² “(...) assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas. Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural o direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens.” SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 284.

¹³³ Em crítica à concepção da função social da propriedade como mero conjunto de condições limitativas do direito de propriedade, escreve o Prof. José Afonso da Silva: “Os juristas brasileiros, privatistas e publicistas, concebem o regime jurídico da propriedade como subordinado ao Direito Civil, considerado direito real fundamental. Olvidam as regras de direito público, especialmente de Direito Constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Confundem o princípio da função social da propriedade com as limitações de polícia (...)”. Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito*

constitucional não possui valor normativo, pois, nitidamente, não se traduz em norma restritiva do direito de propriedade, mas constitui o fundamento de tais normas, sua justificação, sua *ratio*.¹³⁴

Explica Chalhub¹³⁵ que a ideia de função está diretamente ligada à utilidade da coisa, e a “socialidade da função diz respeito à utilidade social dela resultante”. Isso quer dizer que a função social da propriedade está ligada à razão de ser da propriedade, não para o seu titular, mas para a coletividade de forma geral.¹³⁶

Isso não quer significar, como já referido, que a função social da propriedade implique supressão dos poderes inerentes à propriedade privada, tanto menos a sua negação.¹³⁷ Antes, significa a compatibilização com a democracia social,¹³⁸ caracterizadora dos sistemas políticos contemporâneos, para afirmá-la como um dos mais importantes direitos dos povos liberais, cuja finalidade está para o proprietário na mesma proporção em que está para a sociedade em que ele se insere.¹³⁹

Administrativo. p. 113; Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 391; Fernando Andrade Oliveira, *Limitações administrativas à propriedade privada imobiliária*, Rio de Janeiro: Forense, 1982, boa monografia que traz equivocada concepção sobre a função social da propriedade, ao considerá-la *como fator determinante das limitações que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico* (p. 162, n. 23). Ora, se se introduziu princípio novo, além do poder de polícia já existente, é porque o constituinte desejou inserir, na estrutura mesma da concepção e do conceito de propriedade, um elemento de transformação positiva que a ponha a serviço do desenvolvimento social. A atual Constituição “(...) é ainda mais enfática nesse sentido, de tal sorte que a propriedade não se concebe senão como função social”. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 273.

¹³⁴ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 110.

¹³⁵ CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 65.

¹³⁶ “(...) A propriedade que exerce sua função social (art. 5º, XXIII) é a propriedade privada garantida (art. 5º, XXII). A garantia constitucional, assim, envolve a proteção à propriedade privada (o que é manifestação do direito fundamental à liberdade), mas também a sujeição da propriedade privada a uma destinação social.” MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 82.

¹³⁷ “Mas é certo que o princípio da função social da propriedade não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual.” SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 284.

¹³⁸ SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma Editora, v. 6, abr.-jun. 2001. p. 159.

¹³⁹ Afirma o Prof. José Afonso da Silva que “os juristas brasileiros, privatistas e publicistas, concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao Direito Civil, considerado como direito real fundamental. Olvidam as regras de Direito Público, especialmente de Direito Constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Confundem o princípio da função social com as limitações de polícia, como consistente apenas no ‘conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social’, isto é, mero conjunto de limitações”. Contudo, continua o autor, “não prejudicar interesse social é exigência que se satisfaz com a simples atuação do *poder de polícia*, que, precisamente, é concebido como mecanismo destinado a condicionar e restringir o *uso e gozo de bens* (assim, também, da propriedade), atividades e direitos individuais contrários, nocivos ou inconvenientes ao bem-estar

O conteúdo da função social da propriedade exprime a necessidade de harmonização entre o direito subjetivo do titular e o bem comum, fundamento da evolução jurídica contemporânea.¹⁴⁰ Essa conjugação do conteúdo do direito de propriedade modula as faculdades do seu titular sem, contudo, suprimi-las, mas condicionando seu exercício ao dever de exercer a propriedade em benefício de outrem, e não mais de “não exercê-la em prejuízo de outrem”, como inicialmente concebida.¹⁴¹

Chalhub, ao discorrer sobre a função social da propriedade contemporânea, reflete sobre o expressivo crescimento populacional e sua concentração nos centros urbanos, o que tem implicado a inevitável e crescente intervenção do homem no ambiente, de modo a atender às necessidades básicas de assentamento e de consumo, e salienta que “nesse processo, não raras vezes o uso e a ocupação do solo se fazem de maneira inadequada.”¹⁴²

Nesse sentido se insere o assunto principal deste trabalho, pois, uma vez comprometida a higidez contratual no seio da incorporação imobiliária, não somente as partes contratualmente envolvidas sofrem potencial prejuízo, mas o risco é de toda a coletividade.¹⁴³ Não raras vezes, não somente a ocupação em condomínio se faz de modo irregular, mas o adensamento populacional aumenta ao exclusivo arbítrio do incorporador, intensificando o número de unidades e de moradores do empreendimento, ou subtraindo-lhes áreas permeáveis para a acomodação de

social (...)”. Ressalta que é “equivocada a concepção sobre a função social a propriedade”, que a considera “como fator determinante das limitações que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico (...). Ora, se se introduziu princípio novo, além do poder de polícia já existente, é porque o constituinte desejou inserir, na estrutura mesma da concepção e o conceito de propriedade, um elemento de transformação positiva que a ponha a serviço do desenvolvimento social. A atual Constituição (...) é ainda mais enfática nesse sentido, de tal sorte que a propriedade não se concebe senão como função social.” SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 6. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. v. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. p. 273.

¹⁴⁰ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 309, 1990. p. 25-32.

¹⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 269.

¹⁴² CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 68.

¹⁴³ Benfazeja, neste contexto, a disciplina de Raymon Malézieux: “dans sa conception classique, le droit de propriété conférait essentiellement des prérogatives à son titulaire. D’importantes transformations conduisent peu à peu à une notion assez différente en vertu de laquelle le propriétaire a non seulement des droits mais également des devoirs. On a pu dire que le propriété, envisagée à l’origine comme une liberté individuelle, s’est peu à peu transformée en fonction sociale”. Em tradução livre: MALÉZIEUX, Raymond. *Droit rural*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 24.

novas construções, e um sem-número de outras implicações cujas consequências não se restringem às partes no contrato de incorporação.¹⁴⁴

Tepedino, discorrendo sobre o tema, afirma que os princípios constitucionais que disciplinam o direito à propriedade privada condicionam a apropriação e exploração de bens utilizáveis ao cumprimento de sua função social, que, por sua vez, se verifica a partir da destinação do bem; assim, a depender da destinação do bem e das relações jurídicas e sociais em que se insere o bem, será especificada sua função social e, portanto, o conteúdo do direito de propriedade sobre ele incidente.¹⁴⁵

Nesse mister, há que se ter em mente que a função social da propriedade não se exaure nos aspectos relativos à apropriação da terra para produção, ou ao assentamento humano nas cidades, mas se estende por um campo muito mais largo, abrangendo a dinâmica das atividades econômicas, em geral, na qual devem ser conciliados, de uma parte, o interesse coletivo, em razão da utilidade social da coisa, e, de outra parte, a faculdade do proprietário de explorar o potencial econômico dos seus bens.¹⁴⁶

Para Josserand, os direitos se realizam, não em uma direção qualquer, mas em uma ambiência social, em função de sua missão e na conformidade destes princípios que são, como se disse, subjacentes à legalidade e constituem, em seu conjunto, um direito natural de conteúdo variável e como uma superlegalidade.¹⁴⁷

Explica Ruggiero que a função social que tem a propriedade visa satisfazer uma exigência humana, e, até onde a satisfaz, o direito a protege e garante ao indivíduo as mais latas faculdades de uso, gozo e disposição. O proprietário pode,

¹⁴⁴ E nesse mesmo sentido afirma Menezes: “Avulta o conteúdo econômico do princípio social, o momento coletivo da propriedade, não tanto na mira de resultados concretos que, em dado momento possam parecer mais vantajosos à coletividade (mais produtividade v.g.), e sim na perspectiva de que tais resultados se façam acompanhar de relações sociais mais justas.” MENEZES, Olindo Herculano de. *Perfil da propriedade contemporânea: destaque da propriedade fundiária*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4076/1/2009_OlindoHerculanodeMenezes.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017. p. 278.

¹⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. A Nova Propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a Legislação Ordinária e a Constituição. *Revista Forense*. v. 306. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.68-76. p. 74.

¹⁴⁶ CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 74.

¹⁴⁷ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1939. p. 415.

por isso, destruir o que lhe pertence, não porque o direito repute útil, mas porque ele o tem ao seu arbítrio, à sua disposição.¹⁴⁸

E continua o citado autor que, para além do destino negativo que pode dar ao que é seu, o dono não pode ir até o ponto de empregar à propriedade um destino que seja antissocial, de modo a usar a coisa em prejuízo de outrem, pois as limitações derivadas do interesse público se justificam na medida das necessidades ou utilidades sociais a serem favorecidas. Em benefício da agricultura, do regime de águas, da proteção e conservação de florestas, ou para equalizar as relações de vizinhança; ou, ainda, sempre que o interesse individual divergir do geral, a fim de impedir que o ilimitado arbítrio particular “atente contra a primeira fonte de todas as riquezas: a terra”¹⁴⁹

Tem-se, portanto, em nossos dias, a propriedade concebida de forma relativa, sintetizada na razão da função social, “formalmente privada, porém, materialmente social. Privada na forma e estrutura, pois o domínio é exclusivo; social na destinação e controle de legitimidade e merecimento”,¹⁵⁰ num contexto em que se harmonizam os privilégios individuais, decorrentes do direito, com as reivindicações sociais.¹⁵¹

Com efeito, como bem observa Calhup,¹⁵² a função social da propriedade é princípio constitucional, inserto em nosso ordenamento jurídico, que se estende por campo largo e profundo, afeto à dinâmica das atividades econômicas, destinado a conciliar as prerrogativas inerentes à propriedade e à utilidade social da coisa apropriada, para que a exploração do potencial econômico dos bens se harmonize com o interesse coletivo.

1.5 Apontamentos sobre a Extensão do Direito de Propriedade

Depois de fixado o conceito do direito de propriedade, estudado à luz dos direitos fundamentais, e da função social que lhe é imanente, é oportuno que se discorra, ainda que brevemente, acerca da extensão do direito de propriedade, mais

¹⁴⁸ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. Trad. Ary dos Santos. v. II. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 382.

¹⁴⁹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. Trad. Ary dos Santos. v. II. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 382.

¹⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 5, 9. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2013. p. 352.

¹⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 28.

¹⁵² CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 74.

respeitante ao contexto deste escrito, cujas considerações se voltam à propriedade horizontal.

Pereira ensina que desde o direito romano a noção geométrica de superfície não satisfazia, como expressão de solo, as exigências jurídicas, pois a possibilidade de efetivo exercício dos poderes dominiais (*ius utendi et fluendi*) pelo proprietário passava, obrigatoriamente, pela apropriação de tudo que estivesse acima e abaixo da superfície de terra dominada:

Daí ter nascido a ideia de que a propriedade do solo estende-se ao subsolo e ao espaço aéreo. (...) Os glosadores, tomando literalmente os textos, sem depuração das condições psicossociais que os inspiraram, a seu turno construíram uma teoria, que se condensou numa fórmula repetida pelos juristas em toda a Idade Média, e que chegou ao nosso tempo: *qui dominus est soli dominus est usque ad coelos ad inferos* – quem é dono do solo também é dono até o céu e até o inferno.¹⁵³

Gomes, porém, esclarece que não se tratava, certamente, da extensão vertical da propriedade, mas dos poderes do proprietário,¹⁵⁴ complementando, entretanto, que tal fórmula não poderia exprimir a verdade, porque é inconsistente afirmar que os poderes do proprietário projetavam-se indefinidamente para cima e para baixo.¹⁵⁵

Em Santos se lê interessante fragmento histórico a respeito do modo absoluto como a propriedade era interpretada:

Implicitamente as normas positivas que deram entrada na catedral no Direito ao sistema de edifícios de apartamentos, contribuíram para o prestígio da doutrina favorável ao reconhecimento da propriedade do *espaço aéreo*; cabe ao dono do solo, cujo direito, segundo os jurisconsultos medievais, no dizer de CAEPOLA, se dilatava ao infinito; subia *até os astros*; descia *até as profundezas do inferno – usque ad sidera et ad inferos*. Esta regra ainda vigorava, porém com as limitações que o progresso social impõe. Entendida de modo absoluto, abriria margem a exageros como os do célebre proprietário holandês que se considerava dono da coluna de ar existente sôbre um distrito e, por isto, se opôs a que

¹⁵³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. v. IV, 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 83.

¹⁵⁴ “(...) em verdade, o subsolo e o espaço aéreo são meras extensões da propriedade da superfície, isto é, simples consequências” e “é impossível uma delimitação tal como se faz no plano horizontal”. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 115,116.

¹⁵⁵ Pereira ensina que, “embora represente tão somente uma abstração, pois ninguém jamais cogitou levar seu domínio em projeção vertical sem qualquer termo, a fórmula encontrou simpatia e penetrou no Código de Napoleão (art. 522), reclamando do legislador francês a adoção ulterior de medidas de contenção, hábeis a fixar a norma na órbita do possível.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. v. IV, 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 83.

os frades do Convento de Overysseel construísssem no terreno do mosteiro um moinho de vento.¹⁵⁶

No direito brasileiro, vigora, desde Beviláqua,¹⁵⁷ a concepção germânica¹⁵⁸ de extensão da propriedade, fundada na limitação superior e inferior, à *utilidade* e ao interesse do proprietário, para que se estendesse a propriedade a “toda altura e em toda profundidade úteis ao proprietário”.¹⁵⁹

Com isso, a lei conjugou utilidade e interesse para esclarecer que, para além dos poderes sobre o solo, o proprietário projeta verticalmente seus poderes para cima e para baixo, porém, não até às estrelas – *usque ad sidera* –, como pretendiam os juristas medievais, e tão pouco às profundezas da terra – *usque ad ínferos* –, pois até ambos os extremos não vão as pretensões de interesse do titular.

E nesse contexto, mais uma vez, é oportuna a lição de Pereira:

(...) o interesse, na acepção legal, não consiste na intenção abstrata de guardar a potencialidade de um aproveitamento remoto ou meramente teórico, porém, revela-se na adoção de um critério utilitário: o *dominus* põe o seu interesse onde chega a faculdade de lhe ser a coisa prestada. (...) Se se indagar concretamente onde se situa aquele interesse, ou até que ponto se positiva a utilidade, verifica-se faltar um gabarito seguro, ficando, portanto, algo fluida e imprecisa a delimitação dos poderes dominiais, variando ao sabor das circunstâncias, ou na conformidade das implicações econômicas, administrativas, de segurança pública, ou até de conforto pessoal. Não obedece à mesma objetividade, em relação aos extremos horizontais da propriedade, a fixação no sentido vertical.¹⁶⁰

¹⁵⁶ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 132, 133.

¹⁵⁷ A redação dada ao art. 526 foi a seguinte: “A propriedade do sólo abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, uteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário oppor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha elle interesse algum em impedi-los.” BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 abr. 17.

¹⁵⁸ Explica Pereira que “mais realista é a concepção germânica, que pressupõe a projeção vertical limitada ao *interesse* do proprietário (BGB, art. 905) ou à *utilidade* do aproveitamento (Código Civil Suíço, art. 667)”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 38.

¹⁵⁹ “Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário oppor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.” BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 abr. 17.

¹⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. v. IV, 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 84.

Diga-se, acerca da proteção à propriedade, *acima* e *abaixo* do solo, que igualmente encontra supedâneo na mesma lógica de seu aproveitamento.¹⁶¹

Firme, assim, em Ruggiero: “Qualquer utilidade, ainda que independente e fora de qualquer nexos com o gozo do solo, desde que seja atual e concreta e não imaginária ou futura, merece ser protegida, constituindo assim o limite.”¹⁶²

E nesse mesmo sentido, complementa Gomes:

Qualquer que seja a altura ou a profundidade, lícito lhe é praticar atos no exercício normal ou regular do direito de propriedade. Poderá praticar ato intolerável à pouca altura, como tolerável a grande altura. A questão não é de extensão vertical, mas de modo de exercício do direito.¹⁶³

A limitação do espaço aéreo, como esclarece Gomes, é questão que encontra evidente suporte fático no transporte aéreo e na instalação de linhas condutoras de energia elétrica. Negar, ou pretender restringir, implica, a ambos, ofensa ao interesse da coletividade e, por conseguinte, à função social da propriedade. Por isso, ao proprietário lesado, em razão de linhas de transmissão de energia elétrica que seccionam sua propriedade ou da circulação de aeronaves, assiste o direito de indenização, mas não de *abstenção*.¹⁶⁴

A esse respeito, são importantes os ensinamentos de Monteiro:

(...) Igualmente, a este não assiste o direito de impugnar a realização de trabalhos que se efetuem a uma altura ou a uma profundidade tais, que não tenha interesse em impedi-los. Aqui intervém o interesse social a cercear a propriedade. No Rio de Janeiro, por exemplo, o proprietário não poderia opor-se à passagem dos cabos empregados na tração do bonde aéreo do Pão-de-Açúcar, devido à sua grande altura. Em São Paulo, igualmente, não

¹⁶¹ “O proprietário do solo tem o direito de impedir qualquer invasão por parte de terceiros, na parte em que do espaço livre, que fica por sobre a sua propriedade, tire a utilidade da luz, do ar ou da vista. (...) mas este direito de excluir qualquer ingerência no espaço superior à propriedade, como a faculdade de exercer o domínio no subsolo (...) não se estendem indefinidamente até as mais altas regiões do céu e às mais profundas camadas da terra. (...) o direito do proprietário se estende ao espaço aéreo e ao subsolo, mas não pode chegar até ao ponto de vedar as intromissões que se façam a tal altura ou a tal profundidade que já não haja qualquer interesse em impedi-la.” É como disciplinam o “§ 905, A, do Código Alemão, e art. 667, do Código Suíço: A propriedade da terra estende-se superiormente no espaço e inferiormente na terra até onde existe para o proprietário um interesse em exercê-la.” RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. Trad. Ary dos Santos. v. II. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 376.

¹⁶² RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. Trad. Ary dos Santos. v. II. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 377.

¹⁶³ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 116.

¹⁶⁴ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 117.

assistiria ao proprietário direito de contestar a perfuração do subsolo para instalação do *metrô*.¹⁶⁵

Questão atinente à extensão da propriedade ao subsolo é a das riquezas minerais:¹⁶⁶

Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial.

As riquezas minerais existentes no subsolo serão de domínio eminente do Estado, e sua exploração permitida a particulares mediante concessão. Acerca disso, assevera Gomes:

(...) o proprietário do solo não tem propriedade das riquezas do subsolo correspondente à superfície do seu terreno e não pode impedir sua exploração. Quando, porém, o subsolo não contiver riquezas, a extensão do direito do proprietário sofre a limitação de caráter geral cuja medida é seu interesse.¹⁶⁷

Prevalece, desse modo, a autonomia jurídica das minas e jazidas, na forma do art. 20, da Constituição Federal, as quais são incorporadas ao patrimônio da União.

É de se questionar, no contexto deste escrito, se o proprietário do lote de terreno onde se edificou a incorporação imobiliária poderia, ao argumento da extensão da propriedade, *subir* ou *descer* pavimentos posteriores aos da incorporação. A partir de certa altura ou profundidade, encerra-se o direito dos

¹⁶⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito das coisas*. v. 3, 18. ed. Saraiva: São Paulo, 1979. p. 93. Ressalte-se, nesse tocante, o que esse autor diz a respeito da instalação de postes para passagens de fios: “Se não há colocação de postes no terreno e nenhum risco se impõe ao proprietário, não pode este opor-se à passagem. Mas, se imperiosa a colocação de postes, ou se a passagem dos fios oferece perigo, então diferente será a solução, podendo o proprietário impugnar qualquer iniciativa nesse sentido.”

¹⁶⁶ “Especificamente no que tange ao subsolo, estão excluídas do direito do dono do terreno as jazidas, as minas e os demais recursos minerais, assim como os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens especiais referidos na legislação específica. A exploração desses bens depende de concessão do Estado. Ao dono do terreno assegura-se, apenas, o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos à transformação industrial.” CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 60.

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 117.

adquirentes da incorporação e o antigo proprietário do terreno retoma a utilidade de sua propriedade?

Certo é que, em capítulo próprio, a questão da alteração do projeto de incorporação imobiliária, no tocante ao número de suas unidades, é minudenciada. Contudo, é imperioso que se registre, desde já, que a propriedade horizontal tem como pressuposto a atribuição de uma fração ideal de terreno a cada unidade construída.¹⁶⁸ De modo tal que a nova configuração da propriedade do lote de terreno subtrai ao antigo proprietário as frações respectivas de cada adquirente, e a ele remanesce, exclusivamente, a propriedade da fração ideal correspondente à unidade condominial que lhe foi atribuída.¹⁶⁹

E Santos o explica muito bem:

Superfície é um direito real, consistente em ter edifício próprio ou plantações sobre terreno alheio. A *servidão* consiste no direito de realizar atos de uso em imóvel pertencente a terceiro. Em um e outro caso, portanto, é da essência da prerrogativa que o titular da mesma não seja proprietário do terreno em que exerce o seu direito. Consequentemente, o sistema de casas divididas horizontalmente entre vários proprietários não pode classificar-se entre os exemplos de direito de *superfície*, nem de *servidão*, porquanto, não somente é essencial que os donos do edifício o sejam do solo, mas também sucede, *em regra*, o oposto, isto é, existe a divisão material *nas construções* e, entre os adquirentes das mesmas, comunhão no terreno.¹⁷⁰

E, nesse sentido, complementa Rizzardo:

Há uma atividade de coordenação e consecução de edificações, visando à venda das unidades que as compõem, que se faz no curso da construção, dando-se a entrega depois de concluídas. No terreno, criam-se frações ideais, que ficam vinculadas às unidades imobiliárias que são construídas,

¹⁶⁸ Esclarece Pereira que “a iniciativa individual imaginou no *edifício de apartamentos* uma forma nova de domínio, em que a propriedade do solo converte-se em uma quota-parte de um espaço necessário a certa aglomeração. Desloca-se o conceito dominical da exclusividade para a utilização comum, restando o poder exclusivo reduzido a uma unidade no conjunto, e mesmo assim, onerada de pesadas restrições. (...) O apartamento é uma fração do todo. E como este todo é apropriado por um grupo ou uma coletividade, no edifício de apartamentos está presente aquele mesmo fenômeno da dispersão do direito dominical pela coletividade proprietária, a difusão e fragmentação do domínio.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 32.

¹⁶⁹ Em Mezzari se encontra significativa contribuição para o esclarecimento do tema: “(...) cada condômino tem propriedade plena sobre uma parte perfeitamente localizada e individualizada do prédio (a unidade autônoma); pode usar e fruir apenas de parte do todo (somente nas áreas de uso comum) e não terá livre acesso às partes de propriedade privada dos demais condôminos (as outras unidades autônomas). MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 29.

¹⁷⁰ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 108, 109.

tudo vindo a formar tantas novas propriedades quantas forem as unidades vinculadas a uma parcela do terreno, tanto que é procedida de averbação da construção e a unidade receberá a individualização e a respectiva matrícula no Registro de Imóveis.¹⁷¹

Daí, não se afigurar possível que o antigo proprietário do lote de terreno, onde a incorporação se edificou, retome pavimentos acima ou abaixo, ao argumento da extensão de sua antiga propriedade, pois a fração ideal que lhe remanesce, por ocasião da instituição do condomínio, é tão restrita quanto a dos demais proprietários.¹⁷²

Mesmo em sede de incorporação imobiliária irregular, que se desenvolve ao arrepio das formalidades do art. 32 da Lei 4.591/1964, e por essa razão o proprietário do terreno da edificação continua a figurar como tal no respectivo registro tabular, não é possível que se afirme proprietário do solo e edifique abaixo ou acima das unidades do contrato. Isso se deve por força do regime condominial que se instala, e que lhe assegura, quando titular de unidade condominial, apenas a propriedade de uma fração ideal a ela correspondente.¹⁷³

Eis o que ensina Pontes Miranda a esse respeito:

Quando a lei permitiu a comunhão *pro diviso* dos edifícios de apartamentos, em verdade permitiu que se dividisse material e juridicamente o edifício, na sua porção maior, entre os donos do mesmo terreno. De modo cada apartamento é parte integrante de parte ideal do terreno e do edifício, e pela definição mesma de parte integrante, cada parte ideal do terreno e do

¹⁷¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 208.

¹⁷² Lei 4.591/1964. “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;”

¹⁷³ Outra vez, em Mezzari se lê: “A propriedade comum, como sabemos, sofre limitação física em suas divisas com os imóveis lindeiros e com logradouros públicos etc. Estes limites são sempre visíveis e invariáveis. Estes são limites verticais de extensão. Já no que concerne aos limites inferior e superior, estes são, via de regra, variáveis e nem sempre visíveis. A propriedade comum sofre limitação no subsolo e espaço aéreo, mas estes limites variam de acordo com a localização (proximidade com aeroportos, por exemplo), com o tamanho do imóvel, com a formação geológica ou com as regras de edificação de cada município. Estes são os limites horizontais ou de altura e profundidade. O condomínio por planos horizontais secciona o limite maior da propriedade comum. Nos apartamentos, lojas e salas, a visualização da horizontalidade da unidade é de fácil percepção: o piso e o teto são os limites que estabelecem o plano horizontal de início e término do direito de propriedade referente àquela unidade autônoma.” MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 42.

edifício é parte integrante do apartamento. Qualquer alusão aí a principal e acessório denuncia falta de cultura jurídica.¹⁷⁴

Considerando, desse modo, que o proprietário do lote de terreno onde se levanta a incorporação imobiliária tem sua propriedade fracionada com a propriedade dos demais *apartamentos* da edificação, impossível que retome a utilidade *usque ad coelos ad inferos* sem aviltar à propriedade dos demais condôminos, justamente por lhe faltar propriedade que seja suficiente, *donec* que é, apenas e tão somente, da fração ideal correspondente à unidade condominial a ele reservada.¹⁷⁵

1.6 Apontamentos sobre a Propriedade Horizontal

Respeitante à propriedade horizontal, leciona Pereira¹⁷⁶ que o avolumar das pessoas nos centros urbanos, motivadas pelo fenômeno migratório provocado pela crescente industrialização dos meios de produção e pela ocorrência de duas guerras mundiais no período de meio século, provocaram um *déficit* habitacional, que impulsionou a concentração de novas construções urbanas.¹⁷⁷

¹⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 144.

¹⁷⁵ Hernandez, ao discorrer sobre a transação entre o proprietário do terreno e o incorporador, bem explica o resultado da transação ao dono do terreno: “en el cambio proyectado entre el propietario de un solar (o edificación la demoler) y una persona individual o empresa constructora, por virtude del cual el primero transmite inmediatamente la propiedad del terreno al segundo, y éste se compromete a transmitir a cambio la propiedad de determinado número de elementos independientes (pisos o locales) del edificio que proyecta construir sobre el solar adquirido.” HERNANDEZ, José Luis Merino. *El contrato de permuta*. Madri: Editorial Tecnos, 1978. p. 344. E nesse mesmo sentido, Moreira: “A veces el propietario de un terreno conviene con una empresa constructora el aporte de inmueble para que construya sobre él un edificio destinado a la división por el sistema de la propiedad horizontal. La empresa constructora se compromete a reunir las inversiones necesarias para la edificación y a entregarle al titular del terreno, em compensación, determinadas unidades del edificio a su finalización.” MOREIRA, Laurenno Arturo. *Contratos sobre departamentos em construcción*. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Abaco, 1985. p. 21.

¹⁷⁶ É relevante o registro de Pereira, relativo somente ao Brasil: “Por um conjunto de fatores de origem econômica, política, sociológica e legislativa, registramos um *déficit* habitacional superior a 8.000.000 de unidades de residências, em 1964, e ainda de 6.000.000 em 1968.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 33, 34.

¹⁷⁷ O contexto histórico desses apontamentos, em específico, remete às duas décadas imediatamente seguintes ao término da Segunda Guerra Mundial. A esse tempo, vigoravam no Brasil, como na França, Leis de Locação desfavoráveis ao proprietário do imóvel, e políticas governamentais de fomento ao investimento na propriedade imobiliária, pouco atrativas; fatores que contribuíam significativamente para o *déficit* habitacional, especialmente na França, porém com semelhante aplicação para o Brasil, como relata Edith Kischnewsky-Broquisse: “(...) Jusqu’en 1950, les accordés par le Crédit Foncier aux particuliers qui désiraient faire construire un local d’habitation se trouvaient limités, par les statuts de cet organisme, à la moitié de la valeur vénale de L’immeuble (ce qui équivalait généralement à 20% du coût de l’achat a terrain et de la

Aproveu ao homem, no anseio de dar solução à demanda por habitações nos centros urbanos e melhorar seus lucros com a propriedade imóvel, projetar para o alto as edificações, acumulando várias residências, umas sobre as outras, fazendo as cidades crescerem verticalmente – e “numa espécie de ironia do paradoxo, apelidou-a propriedade horizontal.”¹⁷⁸

Vale a pena a interessante consideração de Pereira a esse respeito:

Novo não é o fenômeno, nem o social nem o jurídico. Em verdade, novo, totalmente novo, não há debaixo do sol. Já de remotos tempos vem a habitação concentrada, e desde então o jurista pensou no assunto, e emitiu conceitos. Não porém, com a intensidade e a extensão de hoje. Ao tempo de Roma, e necessidade não há de retroceder além, o jurista, encontrando a casa geminada, onde mais de uma família vivia sem exercer em comum direitos sobre o todo, antes discriminando-se as faculdades de cada *dominus* sobre uma parte da coisa, que é em relação aos respectivos titulares mais do que fração de um objeto, porém, verdadeira e autônoma *res*, ali sentiu a conveniência da *divisibilidade jurídica*, conseqüente ao fracionamento material e ao partilhamento econômico.¹⁷⁹

E, nesse sentido, complementa Galhanone:

A divisão da propriedade, sua fragmentação, com a constituição daquilo que se denomina, modernamente, “propriedade horizontal”, na verdade, não constitui novidade, posto que conhecida em outras eras. Contudo, sua roupagem atual, com a sofisticação dos dias que correm, não conheceu o passado. Como bem anota Caio Mario da Silva Pereira, já em Roma eram conhecidas as habitações ocupadas por mais de um morador, que entre si dividiam o domínio, exercendo-o, contudo, de forma inteiramente autônoma sobre as partes em que se decompunham o todo. Texto incluído no

construction). Le taux d'intérêt était relativement élevé (7%)”. KISCHNEWSKY-BROQUISSE, Edith. *Status de la copropriété des immeubles et sociétés de construction*. Paris: Librairies Techniques, 1958. p. 55. Em tradução livre: “Até 1950, o Crédito Foncier (instituição financeira especializada no financiamento de imóveis) concedeu crédito a indivíduos que queriam construir uma moradia. Tais créditos eram limitados pelos estatutos desta organização, à metade do valor de mercado do edifício (que geralmente ascenderam a 20% do custo da compra de terrenos e construção). A taxa de juro foi relativamente alta (7%).”

¹⁷⁸ Discorre Mezzari, com elevado poder de síntese, acerca do ambiente, no século XX, em que se aprimorou o conceito de propriedade horizontal: “O pós I Grande Guerra gerou na Europa uma situação nova: o bombardeio sistemático destruiu zonas centrais de grandes cidades e incontáveis bairros tiveram suas casas demolidas; a população das cidades aumentou, pelo êxodo rural das pessoas em busca de maior segurança e de melhores condições de trabalho e lazer. A construção de vilas para atender a essa nova demanda, no fenômeno do “alargamento horizontal” das cidades, criou para o Poder Público o problema do custo elevado para estender a essas novas zonas periféricas a infraestrutura urbana. Nesses ambiente, o surgimento de grande edifícios, com mais de 10 andares, ocorreu de maneira natural e auspiciosa. Resolvia a questão habitacional e não gerava novas áreas urbanas. Os governos viram-se frente à necessidade de disciplinarem legislativamente as complexas relações jurídicas daí decorrentes.” MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 22.

¹⁷⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 35.

“Digesto”, de conformidade com o referido autor, já estabelecia que o fracionamento da casa equivalia ao retalhamento do solo, de tal sorte que dessa divisão nasciam duas casas, da mesma forma como a divisão das terras fazia surgir duas diferentes propriedades: “Si divisit fundum regionibus, et sic partem traditit pro diviso, potest alteruta servitutem imponere: quia non est pars fundi, sed fundus. Quod et innaedibus potest dici, si dominus, pariet media aedificate, unam domun induas diviserit (ut plerique faciunt), nam et hic pro duabus accipi debet”.¹⁸⁰

Santos registra, ainda, que a prática da superposição de habitações remonta à era dos homens das cavernas, que faziam suas moradas, umas sobre as outras, cavadas em grandes e volumosas rochas, para que ali habitassem diferentes famílias.¹⁸¹

É de Santos, também, a afirmação que entre os povos babilônicos, egípcios, palestinos e romanos praticava-se a edificação em vários pavimentos superiores. Entretanto, entre os romanos, a relação jurídica não era concebida como propriedade horizontal, mas como direito de servidão, em virtude da regra “*aedificium solo cedit et ius soli sequitur*”, segundo a qual o proprietário do terreno era também proprietário das edificações sobre ele erigidas.¹⁸²

E Rizzardo esclarece:

Sempre existiram construções de prédios altos e com mais de um pavimento, nele residindo várias pessoas em conjunto de cômodos separados, ou estabelecendo-se em suas divisões vários profissionais, que desempenhavam os trabalhos independentes uns dos outros. Assim ao longo da evolução humana, desde os primórdios da humanidade, mormente em regiões muito povoadas. A titularidade desses conjuntos de peças e cômodos contíguos e separados por paredes, distribuídos em pavimentos era de uma pessoa que, em geral, cobrava valores pela utilização. Ou

¹⁸⁰ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-64. p. 46. Confira-se a esse respeito: BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Loteamentos e condomínios: sistema jurídico da propriedade fracionada*. 2. ed. Tomo 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959. p. 92. MARCHI, Eduardo da Silveira B. *A propriedade horizontal no direito romano*. 2. ed. São Paulo: Quartie Latin, 2006. p. 132.

¹⁸¹ “O uso de habitações, de proprietários diversos, apoiadas sobre um mesmo solo, remonta às priscas eras. Os homens das cavernas perfuravam rochas volumosas e ali instavam moradas superpostas, de diferentes famílias. Antes do início do segundo milênio anterior à era cristã, um ato do tempo de Imerum, rei de Sipar, dizia respeito à venda do pavimento térreo de um prédio, continuando no domínio do vendedor o primeiro andar, próprio para uma taverna.” SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 102.

¹⁸² “Entretanto, usavam, na cidade dos Césares, como se notou modernamente em Évora, construir pavimentos, denominados *insulae*, por cima da casa térrea de outrem, à qual chamavam *crypta*. (...) Hoje, aliás, ninguém contesta que o sistema agora popularizado nas grandes aglomerações urbanas existiu no Baixo Império (...).” SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 104.

pertenciam a várias pessoas, formando-se uma espécie de condomínio, inclusive com a discriminação das porções. Aliás, revelava-se frequente a propriedade comum de algumas pessoas, que se tornavam titulares de frações ideais de terreno, e promoviam a construção de um prédio, com a divisão em compartimentos, os quais eram incorporados à fração ideal do terreno.¹⁸³

A ideia de absolutismo da propriedade impedia aos romanos a configuração da propriedade em planos horizontais; e isso se justifica por terem sido os juristas romanos os primeiros a formularem o conceito de propriedade absoluta, a que denominaram de *dominium*.¹⁸⁴

Da doutrina se extrai¹⁸⁵ que, já no século XIX, os legisladores não se detiveram na ocupação de regulamentar a propriedade em planos horizontais, embora não a tenham negado, como evidente ocorrência sobre o direito de propriedade. Capitaneados pelo Código Napoleônico, os Códigos Italiano, Português e Espanhol, em franca reprodução ao Francês, detiveram-se em prever, como responsabilidade dos diversos proprietários de edifício por andares a manutenção das paredes externas e telhado. Diferentemente dos Códigos Suíço e Soviético, que não deram a possibilidade de copropriedade em edifício por andares.¹⁸⁶

E, acerca do direito francês, Santos discorre que o costume primeiro disciplinou a propriedade horizontal, e relata um evento que teria contribuído para o amadurecimento da concepção legal do instituto:

Em todo caso, parece que, em França, as aglomerações urbanas iniciadoras da divisão horizontal das casas, em larga escala, foram Rennes e Grenoble. (...) Em 1720, incêndio colossal destruiu em Rennes oitocentas e cinquenta casas. Forçados os proprietários a erigir belos imóveis segundo o plano traçado pelo notável arquiteto urbanista GABRIEL, arquiteto do Rei,

¹⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio edilício e incorporação imobiliária. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 207.

¹⁸⁴ PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 31.

¹⁸⁵ Pardal e Fonseca discorrem que somente no século XX é que políticos, economistas e legisladores iniciaram a discussão e regulamentação da propriedade por andares: “Hungria – Lei de 10 de maio de 1924; Bélgica – Lei de 08 de julho de 1924; Romênia – Lei de 03 de maio de 1927; Brasil – Decreto de 25 de janeiro de 1928; Grécia – Lei de 9 de novembro de 1929, incorporada ao Código Civil de 1940; Suécia – Leis de 25 de novembro de 1931 e 19 de junho de 1942; Itália – Lei de 15 de janeiro de 1934; Polônia – Lei de 24 de outubro de 1934 (...); Bulgária – Decreto de 05 de novembro de 1935; Chile – Lei nº 6.071 de 11 de agosto de 1937; França – Lei de 28 de junho de 1938 que revogou o art. 664º do Código Civil e posteriormente pela Lei de 10 de julho de 1965; (...)” PARDAL, Francisco Rodrigues; FONSECA, Manoel Baptista Dias. *Da propriedade horizontal no código civil e legislação complementar*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1986. 123.

¹⁸⁶ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 104, 105.

no espaço primitivo diminuído pelo alargamento das vias públicas; agruparam-se os interessados, aos três e quatro, e elevaram edifícios altos, dos quais partilharam entre si os andares. Como a província adotada deu bom resultado, o sistema prevaleceu e difundiu-se; usaram-no até em partilhas e testamentos.¹⁸⁷

Já no Brasil, as Ordenações Filipinas,¹⁸⁸ que vigoraram até a edição do Código Civil de 1916, limitaram-se a regulamentar a propriedade horizontal, que estabelecia diferenças na forma de construção de janelas em sobreloja e em pavimento térreo – Livro I, título 68, § 34:

E se uma casa for de dous senhores, de maneira que de um delles seja o sótão, e de outro o sobrado, não poderá aquelle, cujo for o sobrado, fazer janellas sobre o portal daquelle cujo for o sotam, ou logea, bem outro edificio algum.¹⁸⁹

Como já se referiu anteriormente, foi o aumento da concentração de pessoas nos centros urbanos que convenceu o legislador da relevância política, econômica e social da propriedade horizontal, que se dignou regulamentá-la.¹⁹⁰ E, entre as décadas de 1920 a 1960, leis como as da Bélgica, França, China, Portugal, Itália, Chile, Argentina, Uruguai, Espanha e Brasil foram produzidas na busca pela definição e disciplina da propriedade horizontal.¹⁹¹

Promulgado, porém, o Código Civil de Beviláqua nada mencionou a respeito, e coube ao Decreto nº 5.841/1928 a precursora regulamentação do tema, para

¹⁸⁷ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 104, 105.

¹⁸⁸ SILVA, José Marcelo Tossi. *Incorporação imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 6.

¹⁸⁹ CÓDIGO Philipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Recopiladas por Mandado del Rey D. Philippe I, segundo a Primeira de 1603, e a Nona de Coimbra de 1824, por Candido Mendes de Almeida. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. p. 121.

¹⁹⁰ Esclarece Pereira que as reminiscências romanas sobre a edificação sobreposta em edificios não autorizavam a configuração da propriedade projetada no plano horizontal, mas somente para o alto (*usque ad coelum*) e para baixo (*usque ad inferos*). Por isso, muitas outras expressões foram criadas pelos teóricos dessa disciplina para designar a propriedade horizontal, e se absterem de eventual infidelidade ao nascedouro da matéria; HÉBRAUD – *cóproprietér par appartement*; RACCIATTI – *propriedade por pisos o por departamentos*; HENRI SOLUS – *une Maison divisée par étages*; entre nós, CARLOS MAXIMILIANO – *condomínio relativo*; CAMPOS BATALHA – *condomínio por andares ou apartamento*; ESPÍNOLA – *condomínio de edificios com apartamentos autônomos*; e finalmente, SERPA LOPES – *propriedade em planos horizontais*.

Cunhou-se a expressão *propriedade horizontal* por achar-se provida da objetividade necessária ao interlocutor, acerca do instituto que se está a tratar. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 42.

¹⁹¹ A Bélgica modificou o Código Civil em 1924, seguida pela China, Itália, França, Espanha e Chile, que o fizeram na década de 1930; sabe-se, também, que entre os portugueses, gregos, argentinos, uruguaios e brasileiros houve regulamentação do tema, por meio da edição de leis específicas, ou pela alteração do Código Civil, entre as décadas de 1940 a 1960.

prédios de mais de cinco andares, construídos com cimento e divididos em apartamentos ou escritórios isolados de, no mínimo, três peças cada. Previa a lei que se constituíssem unidades autônomas, averbadas no registro imobiliário, era permitida a alienação isolada.¹⁹²

Ainda, outras alterações vieram com o Decreto-Lei 5.243/1943 e com a Lei 285/1945, mais referentes à venda de partes de edificações com dois ou mais pavimentos.¹⁹³

E, no ano de 1964, foi editada a Lei 4.591, cujo projeto resultou dos estudos do Prof. Caio Mario da Silva Pereira, que enxergou na falta de regulamentação do assunto lacuna legislativa de profunda relevância para o país, onde as edificações em edifícios se avolumavam e sujeitavam os adquirentes ao arbítrio do construtor ante a falta de disciplina específica:

Em 1964, o governo militar determinou a elaboração de um anteprojeto de lei que disciplinasse as incorporações imobiliárias. Através dessa Lei, desejava-se não apenas viabilizar a retomada dos empreendimentos imobiliários, mas também que as relações jurídicas que permeavam esta nova modalidade negocial fossem devidamente disciplinadas, trazendo-se, por conseguinte, ordem ao mercado imobiliário.¹⁹⁴

E ressalta Rizzardo nesse contexto:

Vai ficando de lado o hábito da concentração de uma única moradia em um espaço delimitado de terreno, para erguerem-se prédios com unidades superpostas, formando edifícios com certo número de pavimentos. Opera-se a concentração de levas de pessoas em um único local, acondicionadas em conjuntos de espaços preparados para várias finalidades, em uma harmonia de linhas e destinações que atende as necessidades de trabalho, recreação, descanso, convívio, segurança e tranquilidade.¹⁹⁵

Carbonari bem explica a propriedade horizontal:

Na verdade, ao se atribuir uma área à unidade autônoma, lhe está sendo atribuído o 'quantum' de sua propriedade privativa. A área, na qual, o adquirente será seu proprietário exclusivo, fará uso de seu direito de

¹⁹² RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 206.

¹⁹³ MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 24.

¹⁹⁴ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária à luz do código de defesa do consumidor e do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 139.

¹⁹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 206.

propriedade de forma plena. E, não poderia este fazer uso exclusivo de sua propriedade se esta não estivesse completamente delimitada, de forma a estar separado materialmente aquilo que é de propriedade privativa de um proprietário e a unidade que é de propriedade privativa do outro.¹⁹⁶

E Miranda enfatiza que a comunhão somente se estabelece no solo e nas partes comuns, mas “o apartamento é de propriedade privativa e única”.¹⁹⁷

Excelente, nesse tocante, o esclarecimento que se encontra, em Santos, acerca da expressão *apartamento*, que define como designação genérica das unidades a serem erigidas em condomínio, seja residencial, empresarial ou exclusivamente de garagens; a unidade sempre será denominada de *apartamento*:

Apartamento, portanto, é a parte de um edifício constituindo objeto de uma propriedade separada, entidade jurídica distinta do conjunto material a que está ligada ou, mais sucintamente, - é a fração autônoma de um edifício, constituindo um todo distinto do conjunto a que pertence, e por isto, podendo ser objeto de uma propriedade separada.¹⁹⁸

É de propriedade comum o lote de terreno, a estrutura da construção, as áreas de circulação e acesso, e tudo mais que, por sua natureza, não puder ser objeto de exclusividade, sem que haja prejuízo ao efetivo exercício da exclusividade sobre a propriedade individual.¹⁹⁹

A propriedade privativa, por sua vez, recai sobre as unidades imobiliárias, as quais se destinam à ocupação exclusiva de seus respectivos titulares.²⁰⁰

¹⁹⁶ CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. *A unidade autônoma no condomínio edilício*. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p. 112.

¹⁹⁷ “Os apartamentos são propriedade autônoma em relação aos outros apartamentos, que também o são; são, porém, partes integrantes distintas, entre si, das partes *pro indiviso* no terreno. No solo, cada comunheiro tem parte ideal; no apartamento, propriedade privativa e única. Quando a lei permitiu a comunhão *pro diviso* dos edifícios de apartamentos, em verdade permitiu que se dividisse material e juridicamente o edifício, na sua porção maior, entre os donos do mesmo terreno. De modo cada apartamento é parte integrante de parte ideal do terreno e do edifício, e pela definição mesma de parte integrante, cada parte ideal do terreno e do edifício é parte integrante do apartamento. Qualquer alusão aí a principal e acessório denuncia falta de cultura jurídica.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 144.

¹⁹⁸ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 96.

¹⁹⁹ CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 134; RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 132.

²⁰⁰ Em Santos se lê: “Na verdade, existe o domínio individual, unitário, quota determinada e concreta, coexistência e superposição de propriedades distintas e exclusivas, conjugadas com uma indivisão forçada e perene: direito exclusivo sobre o andar ou apartamento; comunhão, no tocante ao solo, à cobertura, às paredes mestras, etc. Quanto às coisas comuns, há *copropriedade com indivisão forçada*, quebrando o princípio contrário à indivisibilidade perpétua”. SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 111.

Acerca da nomenclatura *propriedade horizontal*, Pereira esclarece:

Esta denominação, aliás – *propriedade horizontal* – que não encontra justificativa histórica, pois que as fontes se não lhe referem, prende-se a uma ideia 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 começam a ver aí uma propriedade *horizontalmente dividida*, ou, por condensação de linguagem, uma propriedade horizontal.²⁰¹

Santos, porém, chama a atenção para outras designações, como as propostas por “JULLIOT – *copropriedade dos imóveis divididos por apartamento*; BUTERA – *copropriedade de casas por andares*; PACIFICI MAZZONI – *comunhão de casas divididas por andares*, e PERETTI-GRIVA – *casas de vários proprietários*.”²⁰²

O Código Civil brasileiro adotou a expressão *condomínio edilício* para o Capítulo VII.

Franco e Gondo, porém, discorrem sobre a nomenclatura equívoca que a doutrina tem atribuído à propriedade horizontal, como expressão sinônima de condomínio edilício:

A propriedade horizontal é um direito autônomo que se distingue perfeitamente 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 pluralidade de unidades privativas (e não de proprietários) que dá origem à propriedade horizontal. (...) As partes não-privativas (terreno, muros mestres e divisórios, elevadores, etc.) são considerados comuns por estarem vinculados a todas as unidades autônomas e não por estarem em copropriedade.²⁰³

²⁰¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 41.

²⁰² SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 114.

²⁰³ FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Nisske. *Condomínio em edifícios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 14, 15. Cita-se, entre os autores que tratam as expressões como sinônimas: CHALHUB, Melhin Namem. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 134; RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 7 e AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.159.

Em síntese, e como visto anteriormente, a propriedade horizontal não deve ser confundida com a relação condominial que dela pode derivar. Na primeira, há superposição de andares, com projeção da fração ideal respectiva de cada unidade autônoma no solo sobre o qual a obra foi edificada, enquanto na segunda, a as unidades autônomas são titularizadas por proprietários diferentes.²⁰⁴

O condomínio edilício se estabelece a partir da propriedade horizontal, porém, a propriedade horizontal nem sempre cria a relação condominial. Pode ocorrer que toda a edificação seja de apenas um proprietário. E então se terá propriedade horizontal sem que haja condomínio estabelecido. Ao passo que a instituição do condomínio, pressupõe a especialidade de cada unidade mediante a projeção de sua área ocupada na edificação projetada em determinada fração ideal do lote de terreno.²⁰⁵

2 A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

O crescimento vertical das cidades é fruto do agigantamento dos centros urbanos, onde as pessoas passaram a concentrar suas atividades profissionais, sociais e suas moradias. O aumento das opções de trabalho, entretenimento, formação e desenvolvimento profissional condensou a vida nas cidades. Em virtude disso, fez-se necessário aproveitar ao máximo o espaço de terrenos utilizáveis para a construção de edifícios habitacionais e empresariais que atendessem à demanda de ocupação.²⁰⁶

Expandiu-se, assim, o mercado imobiliário, nos mais adiantados centros urbanos do país, por meio da propriedade horizontal, que oferecia solução rápida e eficaz à falta de habitação e concentração profissional. A fluidez com que os

²⁰⁴ SERRA, Marcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. *Registro de imóveis III – Procedimentos especiais*. (Coleção Cartórios/ Coordenação Christiano Cassettari). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

²⁰⁵ CHALHUB, Melhim Namem. *Memorial de incorporação: notas sobre a inexigibilidade de seu arquivamento nas hipóteses que não configurarem atividade empresarial*. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529-552. p. 530.

²⁰⁶ “A incorporação de imóveis é o fruto do gigantismo das cidades modernas. Seus habitantes, diante do rápido aproveitamento dos terrenos utilizáveis e, ao mesmo tempo, desejando poder residir o mais próximo possível de seus centros de interesses, viram-se compelidos, à vista da escassez da terra, a buscar um crescimento vertical”. GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-64. p. 43.

negócios imobiliários evoluíram de ensejo à criação de uma atividade profissional que a lei denominou incorporação imobiliária.²⁰⁷

A relevância da incorporação não é somente jurídica, mas social, pois é atividade que propulsiona diretamente a *livre iniciativa*, a *propriedade*, a *moradia* – valores caros ao Estado Democrático de Direito. Veja-se a lição de Azevedo e Melo:

Destaca-se a importância social e econômica da incorporação para o país. Por essa atividade, expressam-se valores importantes como a função social, viés da solidariedade constitucional (art. 3º, I, da CR). Cria-se pela incorporação largo canal de acesso à moradia através da aquisição de imóveis na planta e pagamento parcelado do preço. E sem falar no trabalho. Realizam-se muitos valores por essa importante atividade econômica. E (...) incorpora valores não menos relevantes como a 'livre iniciativa privada' (art. 1º, IV, da CR), concretizando o seu fim econômico ao permitir a livre circulação de riquezas e fomentando a economia nacional pela geração de receitas e empregos.²⁰⁸

Ainda hoje permanece em voga o fenômeno que mais tem se estruturado, qual seja, o de concentrar moradias e locais para o exercício de atividades profissionais em unidades imobiliárias em planos horizontais. É instrumento que converge interesses, potencializa possibilidades, carrega em seu conteúdo mais íntimo a natureza de *ser gregário* presente no homem.²⁰⁹

Embora a expansão da produção de imóveis compostos na forma de múltiplas unidades tenha sido percebida no Brasil desde a Primeira Guerra Mundial, somente recebeu regulamentação específica, em 1964, pela Lei 4.591/1964.²¹⁰

²⁰⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 445.

²⁰⁸ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 462.

²⁰⁹ “Vai ficando de lado o hábito da construção de uma única moradia em um espaço delimitado de terreno, para erguerem-se prédios com unidades superpostas, formando edifícios com certo número de pavimentos. Opera-se a concentração de grande leva de pessoas em um único local, acondicionadas em conjuntos de espaços preparados para várias finalidades, em harmonia de linhas e destinações que atende as necessidades de trabalho, recreação, descanso, convívio, segurança e tranquilidade.” RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 206.

²¹⁰ Contribui Diniz que a lei de incorporação imobiliária tratou, também, do condomínio edilício, e que essa justaposição de temas, *condomínio e incorporação imobiliária*, num único documento legal, se justifica porque a incorporação é forma de instituição de condomínio edilício. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito das coisas*. v. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 218. Em sentido semelhante, AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 458.

2.1 Noções Históricas da Lei de Incorporação Imobiliária – 4.591/1964

O movimento de urbanização que impulsionou o crescimento vertical das cidades e promoveu a intensificação dos negócios imobiliários na forma de condomínios teve início no contexto da Primeira Grande Guerra. Esse movimento se massificou ante a necessidade de novas habitações para as famílias e a falta de espaços físicos onde se pudessem erigir construções condizentes com as necessidades de bem-estar e comodidade dos novos habitantes das cidades.²¹¹

Porém, a expressiva popularização das habitações múltiplas, edificadas em conjuntos de moradias, em parte individualizadas e exclusivas, e em parte de uso comum, somente se intensificou, no Brasil, após a Segunda Grande Guerra. Nesse período, percebeu-se, verdadeiramente,²¹² a necessidade de regulamentação da atividade de um tipo de profissional que, valendo-se da expansão da produção de edifícios, de vários andares, compostos de áreas de uso exclusivo e de uso comum, reunia pessoas interessadas, organizava, intermediava ou realizava a construção de prédios mediante o pagamento parcelado do preço previsto para a unidade de habitação.²¹³

²¹¹ Santos registra que “(...) a crise das construções provocada pelo conflito mundial de 1914-1918 e particulares condições econômicas de após-guerra destruíram o equilíbrio entre a oferta e a procura de prédios urbanos para habitação. Surgiu por tãda parte e popularizou-se rapidamente a *communio pro diviso* (...). Até então, na maioria dos países, só existia comunhão necessária nas Sucessões, e assim mesmo em caráter transitório. As circunstâncias e a legislação de emergência não mais revogada que brotaram da conflagração tremenda, desanimaram os empregadores de dinheiro em prédios para locação e, ao mesmo passo que avolumaram o anseio [sic] pela posse de casa própria, encareceram, em ritmo desnorteante, a mão de obra e os materiais de construção. Isto propeliu a inventiva providencial e inexgotável [sic] dos homens a criar um sistema de edificações ainda mais complexo e eficiente que o até então conhecido e adotado em várias regiões européias, o dos prédios de andares autônomos subdivididos em frações distintas, os *flats*, dos ingleses, *apartments*, dos franceses, origem do neologismo necessário e consagrado *apartamento*. SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 96.

²¹² Comenta o insigne Prof. Pereira: “No correr dos debates então travados, pude sentir que a consciência jurídica nacional tem suas vistas voltadas para êste assunto. Reclama seu tratamento em tãrmos de assegurar um regime jurídico mais bem disciplinado e melhor deduzido. Entende que deve o juiz dotar-se de maiores e mais concentrados podêres. E exige do legislador que trace com maior precisão as linhas estruturais dêste novo regime dominial, certo como é que o desenvolvimento que o edifício de apartamentos vem tomando no Brasil, nos últimos tempos, é realmente extraordinário. Não só nas grande cidades, mas pelo interior afora, prolifera esta modalidade de aproveitamento imobiliário.” Refere-se o autor ao I Congresso Nacional de Direito, realizado em Fortaleza, Ceará, em comemoração ao Centênário de Clóvis Beviláqua, de 4 a 10 de outubro de 1959. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961.p. 7.

²¹³ Álvaro Luiz Damásio Galhanone, referindo-se ao contexto econômico da época, no tocante ao mercado imobiliário, registra o seguinte: “o investimento no ramo imobiliário nunca foi dos mais rendosos. Porém, o mais seguro e o de maior valorização, em face da inflação. De fato, as lei de

A respeito do contexto histórico em que se percebeu a necessidade de regulamentação específica para a incorporação imobiliária, discorre Rizzardo:

Com o passar do tempo, apareceu um intermediador, ou um construtor, ou um organizador, que reunia pessoas interessadas, formando uma espécie de sociedade para a construção do prédio, pagando cada uma importâncias fixadas e entregues durante a construção. No entanto, diante da primariedade na organização, logo apareceram problemas, como abandono dos prédios em construção, o aumento repentino dos preços, o descumprimento das obrigações pelo empreendedor, tudo diante da ausência de uma disciplina regulamentando a relação que se formara. Desde a década que se iniciou em 1950, aumentavam os problemas dessa ordem, inclusive quanto à indisciplinada construção, dada a inexistência de alguma legislação específica abrangente, socorrendo-se os operadores do direito em dispositivos do Código Civil então vigente.²¹⁴

Era comum que tais profissionais, por força da ausência de regulamentação específica de sua atividade, abandonassem ou paralisassem repentinamente a obra, ou aumentassem abruptamente o valor das prestações mensais, ou, ainda, atrasassem a entrega do prédio ou até mesmo modificassem a edificação, fazendo-a de forma diferente da inicialmente oferecida aos compradores.²¹⁵

Não havia, à época, uma lei específica, no ordenamento jurídico pátrio, que tratasse das edificações em condomínio; mormente as que se davam mediante a alienação das unidades ainda na planta, antes ou durante a construção. Rizzardo explica:

exceção disciplinadoras do inquilinato sempre tiveram em mente o estabelecimento de limites para o aumento dos aluguéis, sendo certo, de outra parte, que a locação sempre esteve sujeita à tributação do imposto sobre renda, não conferindo jamais incentivos fiscais ou vantagens outras ao empresário do setor. A par disso, a taxação do imposto predial sempre se mostrou crescente. Tais fatores tornaram até mesmo desinteressante, em determinados momentos, a inversão de capitais em imóveis de aluguel. De resto, a verdade é que o percentual da renda locatícia sempre se manteve modesto, eis que os aluguéis, via de regra, raramente chegam a atingir 1% ao mês do valor atualizado do prédio. Contudo, já em termos de valorização, o panorama sempre foi bem diverso, mantendo-se a mais-valia em percentuais sempre altos e nunca ausentes: valorização grande e segura. Este detalhe, observado ao mesmo tempo em que desestimulada a construção para fins de locação, levou os empreendedores à aplicação de capitais no negócio de construção para fins de venda e compra. E, em especial, à especulação na incorporação de edifícios em condomínio". GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-64. p. 48.

²¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 207.

²¹⁵ Em Pereira se lê, em resumo: "Tem-nos com efeito impressionado a omissão o poder público, neste assunto tão prêsso à economia popular, em que são tão frequentes os abusos. À Justiça não faltou a preocupação de tornar efetiva a responsabilidade. O que lhe falta é o aparelho coercitivo legal." PEREIRA, PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 167.

(...) Antes da Lei 4.591/1964, não existia um ordenamento que tratasse com abrangência da incorporação imobiliária. O regramento existente resumia-se no Decreto nº 5.481/1928, regulamentando os prédios de mais de cinco andares, construídos com cimento armado e divididos em apartamentos ou escritórios isolados de, no mínimo, três peças cada, e prevendo que se constituíssem por unidades autônomas, averbadas no registro imobiliário, permitida a alienação isolada. Surgiram alterações com o Decreto-Lei nº 5.243/1943, e com a Lei nº 285/1945, mais atinente à venda de partes das edificações já com dois ou mais pavimento e à sua ocupação.²¹⁶

Enquanto se multiplicavam, por todas as grandes cidades do país, construções de edifícios de apartamentos ou salas comerciais, sedimentando o fenômeno social da verticalização das cidades, esse fato jurídico começava a assumir, cada vez com maior força, traços de atividade empresarial. Sua finalidade marcante consistia no aproveitamento das boas oportunidades de lucro que advinham desse negócio (legítimo, por grande parte dos empreendedores desse segmento).²¹⁷

Theodoro Júnior comenta, a esse respeito, que a inexistência de uma lei específica que disciplinasse a atividade fazia com que os exploradores das construções imobiliárias coletivas atuassem com indesejável liberdade.²¹⁸

Ouçá-se, nesse contexto, a lição de Miranda acerca da insuficiência das leis em vigência:

É preciso ter-se muito cuidado no estudo da categoria jurídica do apartamento, como todo, no sistema do direito brasileiro. Têm-se de interpretar a Lei n. 5.481, de 25 de junho de 1928, e Decreto-Lei n. 5.234, de 8 de fevereiro de 1943, como sendo coleção de regras jurídicas que se inseriram no direito civil brasileiro para tornar mais facilmente construível,

²¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio edilício e incorporação imobiliária. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 206. E, no mesmo sentido, contribui Galhanone: “No que tange ao condomínio e à incorporação, foram tratados nos Códigos modernos de todos os países, de modo geral. No Brasil, editados o Dec. 5.481, de 25.6.28, modificado pelo Dec.-lei 5.234, de 8.2.43, e pela Lei 285, de 5.6.48. Finalmente, editada a Lei 4.591, de 16.12.64, a partir de anteprojeto elaborado pelo ilustre Prof. Caio Mario da Silva Pereira. Encampou esta nova lei a concepção moderna do condomínio em planos horizontais, visando, também, a disciplinar a atividade do incorporador, que até então, se encontrava falha de conceituação e de contornos mais precisos.” GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-64. p. 47.

²¹⁷ O jurista gaúcho Ghezzi relata que “(...) Em 1964, o governo militar determinou a elaboração de um anteprojeto de lei que disciplinasse as incorporações imobiliárias. Através dessa lei, desejava-se não apenas viabilizar a retomada dos empreendimentos imobiliários, mas também das relações jurídicas que permeavam esta nova modalidade comercial fossem devidamente disciplinadas, trazendo-se, por conseguinte, ordem ao mercado imobiliário.” GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária à luz do código de defesa do consumidor e do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 139.

²¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei nº 4.591/1964*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 376, p.81-94, nov./dez. 2004. p. 81.

dentre dêle, a comunhão *pro diviso* dos edifícios de apartamentos, se de *três ou mais andares*. Não se fêz tábua rasa no direito das coisas que nos regeu até então; apenas se obviou a algumas dificuldades de ordem teórica e prática (...).²¹⁹

Interessado no estudo desse fenômeno, e percebendo que a questão reclamava disciplina específica, dadas as suas características especiais,²²⁰ o advogado e professor Caio Mario da Silva Pereira dispôs-se a sobre ele escrever,²²¹ e de seus estudos nasceu o projeto de lei que, mais tarde, foi convertido na Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964²²² (com severos decotes, como avalia seu autor).²²³

A obra de Pereira²²⁴ leva em consideração o enfoque sociológico da propriedade – como bem justifica no prefácio de seu livro *Propriedade Horizontal*, publicado em 1961, em que lança a justificativa de seus estudos nesse sentido.

Nele, afirma o autor:

Demonstro que não basta instituir êsse regime dominial, e entregá-lo à iniciativa privada. É mister que um novo diploma surja, em o qual esteja clareada a sua natureza jurídica, deduzido o complexo das faculdades ou

²¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 67. Para Cambler, porém, o País foi pioneiro, com tal Decreto, ao sistematizar a propriedade coletiva. CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária: ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 31.

²²⁰ A esse respeito, registra Pereira: “A grita geral, no regime do Decreto n. 5.481/1928, omisso o nosso direito a propósito do assunto, era a total ausência de disciplina jurídica da profissão de incorporador. Apurado que se tratava de um dos mais lucrativos negócios, que deixava margem ampla de proveitos, atraiu grande número de interessados.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 105.

²²¹ Primeiro, em 1961, editou a obra *Propriedade Horizontal*, fonte obrigatória de pesquisa para os que se dispõem a conhecer o tema da incorporação imobiliária em nosso ordenamento jurídico. Ao final de sua *monografia*, como próprio mestre preferia chamar, apresentou um projeto de lei reguladora do regime da propriedade horizontal. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 213.

²²² Registra Pereira que, antes do Projeto de Lei nº 19/64, de sua autoria, existiram outras tentativas de regulamentação da atividade de incorporação imobiliária, contudo, infrutíferas; cita o Projeto nº 498/55, de autoria do deputado Bilac Pinto; também, a proposta em 1963, do deputado Gama Lima, à Assembleia Legislativa de São Paulo, para votação de lei que determinasse rigorosa fiscalização às empresas incorporadoras; outrossim, o Projeto de nº 1.817/64, do Deputado Federal Emanuel Weissman, para dar regimento aos negócios imobiliários; isso, sem prejuízo dos estudos e simpósios realizados pelas organizações imobiliárias e o Colégio Notarial do Brasil, em São Paulo, para elaborar projeto de lei com a mesma finalidade. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. XV.

²²³ O próprio autor o reclamou, expressamente, ao se referir ao artigo 29 da Lei, correspondente ao 23 do anteprojeto de sua autoria, ao afirmar: “(...) Quem lê tem a impressão de que foi redigido por pessoa que desconhece até as mais mezinhas noções jurídicas (...)” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 203.

²²⁴ Registre-se que por *obra* denominamos não apenas a densa produção literária a respeito desse tema, elaborada pelo Professor Caio Mario, também aduzimos o conteúdo normativo do significativo Projeto de Lei, por ele engendrado, que mais tarde foi convertido na Lei 4.591/1964.

direitos dos comunheiros, e minudenciados os seus deveres. Mas é, sobretudo, necessário, imprescindível, que se atente nos aspectos de ordem pública que a nova instituição reflete, de forma a armar o Poder Judiciário de meios seguros de repressão.²²⁵

Os aspectos de ordem pública a que se refere Pereira se explicam ideologicamente. Foi na segunda metade do século XX que nasceu a Lei 4.591/1964. Havia transcorrido certo tempo desde a queda dos Estados absolutistas (século XVIII) e a experimentação da ideia do Estado mínimo, fundada na autonomia da vontade, como máxima expressão do direito de liberdade.²²⁶

E, no contexto histórico em que foi concebida a referida lei, o sistema jurídico fazia já o movimento contrário, ou seja, o de novamente regressar a um certo intervencionismo do Estado, na esfera da vontade dos particulares, na medida em que a história comprovou que a igualdade não podia ser alcançada de forma automática, somente por meio da liberdade. Passava-se do Estado Liberal ao Estado Social.²²⁷

Na desproporção de forças econômicas entre duas partes de uma relação, era frequente a imposição, no que se refere ao conteúdo relacional, da vontade do mais forte sobre o mais vulnerável – fator que clamava a intervenção estatal, a fim de equilibrar as diferenças.²²⁸

²²⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 8.

²²⁶ OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. p. 119.

²²⁷ É a excelente lição de Azevedo e Melo que diz: “O movimento de codificação oitocentista acreditava que os Códigos eram monumentos de estabilidade para as relações privadas. Era o fim do século XVIII e o início do século XIX, mascarados profundamente pela liberdade conquistada pelas revoluções americana e francesa e o declínio consequente dos Estados absolutistas. Compreender esse movimento é fundamental para explicar a gênese da Lei 4.591/64, com a ideologia que a fundamentou e o cenário em que emergiu. O código Civil de 1916 seguiu essa trilha, notadamente influenciado pelo direito francês. Na época, a Constituição da República foi concebida para limitar e organizar politicamente o Estado, assegurando direitos de primeira geração ou dimensão, consistente nos direitos de liberdade. Neste momento ocorre o apogeu da autonomia da vontade. Não demorou muito para ser notado o equívoco. Já no século XX o Estado Liberal identifica que a igualdade não é alcançada automaticamente através da liberdade. Basta pensar na desproporção de forças econômicas entre sujeitos de uma relação, potencializando que o mais forte impunha unilateralmente conteúdo da relação ao mais vulnerável, nem sempre de forma justa. O caminho foi invertido. De codificação para descodificação. Do Estado Liberal, para o Social. AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 460. E, no mesmo sentido, conferir BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 518.

²²⁸ E, novamente, Azevedo e Melo corroboram: “Assim, o Estado deixa de ser espectador e torna-se ator, realizador do bem estar econômico e social. A intervenção nas relações privadas torna-se a racionalidade da época, promovendo a isonomia em seu significado substancial e não apenas formal. Essa intervenção vale-se especialmente da legislação. E a Lei 4.591/64 aparece nesse contexto. A liberdade absoluta nas relações de incorporação coloca, presumidamente, o

Em Francisco se lê que a Lei 4.591/1964, fruto das reformas produzidas pelo Regime Militar, tinha por objetivo a “implementação de um programa de desenvolvimento da construção civil, e portanto, da geração de emprego e da superação do déficit habitacional num país que se urbanizava rapidamente.”²²⁹

É nesse contexto que se insere a Lei 4.591/1964, para glosar o arbítrio dos incorporadores e estabelecer paridade entre esses e os adquirentes das unidades, em presumida desvantagem. Para, ao final, a incorporação imobiliária produzir ao incorporador os dividendos do empreendimento de seus esforços, e aos adquirentes, a comodidade e bem-estar inerentes ao direito de propriedade.²³⁰

Desde a sua entrada em vigor, em 21 de dezembro de 1964, a Lei 4.591/1964 sofreu modificações pontuais no tocante ao seu Título II – Das Incorporações. Houve a edição do Decreto nº 55.185/1965, que cuidou de regulamentar a Lei no âmbito de Registro de Imóveis (cuja disciplina, mais tarde, foi integralmente tratada pela Lei 6.015/1973).

Houve, também, a edição da Lei 4.864/1965 (editada com o escopo de estímulos à indústria da Construção Civil), que promoveu mudanças na Lei 4.591/1964, especialmente no art. 32, relativo ao registro do plano de incorporação no Registro de Imóveis.

Contudo, a norma que mais introduziu mudanças na lei das incorporações, e melhor expressou a preocupação do legislador (atento à doutrina e à jurisprudência), foi a Lei 10.931/2004, que instituiu o patrimônio de afetação no sistema da incorporação imobiliária. Isso ocorreu como forma de outorgar maior segurança aos adquirentes de unidades condominiais, notadamente, quanto ao abandono do empreendimento ou a insolvência do empreendedor.²³¹

adquirente em desvantagem, sujeitando-o a riscos desproporcionais. Especialmente em relação a entrega da unidade, garantida apenas pela palavra empenhada pelo incorporador.” AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 460.

²²⁹ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *O novo regime jurídico dos contratos: das incorporações e do regime imobiliário e da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 59.

²³⁰ Nesse contexto, aproveita-se a citação de Santos acerca da relevância social da propriedade horizontal: “expediente heróico e adequado a aumentar em todo tempo ‘a tranquilidade e a continuidade do gozo da casa, base da economia doméstica e sacrário da família’”. SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 96.

²³¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 210.

Com o advento do novo Código Civil (Lei 10.406/02), os artigos 1º a 27 da Lei 4.591/1964 (primeira parte) , os quais tratavam da disciplina do Condomínio Edifício, foram revogados pelos artigos 1.331 a 1.356 da nova codificação.²³² Remanescem, em vigor, portanto, apenas o artigo 28 e seguintes da Lei 4.591/1964.

2.2 Conceito de Incorporação Imobiliária

A etimologia da palavra incorporação não é capaz de designar seu completo significado para o direito, mas é a partir dela que se torna possível compreender o instituto que transcende a definição que advém da origem da palavra. Compõe-se do prefixo *in* (em) e do verbo *corporare* (corporar), e resulta na expressão *incorporare*, para corresponder à junção de coisas na formação de uma nova realidade, a partir da assimilação de coisas que, originariamente distintas, se fundem em uma unidade.²³³

Verdadeiramente, como ensina Rizzardo, incorporar é conjugar elementos distintos para que disso se origine uma realidade nova, que substitua a anterior, restrita a cada elemento isolado, e que se regule por uma ordem jurídica especial, diferente da que regia as substâncias anteriores.²³⁴

Em sentido objetivo, ensinam Azevedo e Melo:

²³² É como ensina Pereira: (NOTA DOS ATUALIZADORES) “Fácil perceber que as linhas mestras e os princípios consagrados na Lei n. 4.591/1964 foram preservados com pequenas adaptações que se mostram necessárias diante das transformações urbanas e econômicas. Logo após o advento do Código Civil de 2002, e justamente por ter ele incorporado ao seu texto a disciplina jurídica do condomínio edilício, acirrada polêmica doutrinária se travou, entendendo uma primeira vertente que havia sido revogado o Título I da Lei n. 4.591/1964, em razão da regra inserta no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, enquanto a corrente contrária sustenta que foram apenas revogados os dispositivos que colidem com o Código. Consolidou-se o primeiro entendimento, ao qual também aderimos, o que sempre nos pareceu mais técnico. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 50.

²³³ “INCORPORAÇÃO. Derivado do latim *incorporativo*, de *incorporare* (dar corpo, juntar, unir), em sentido geral e amplo quer significar a inclusão, união, a introdução ou a ligação de uma coisa no corpo de outra, a que ficará pertencendo, ou a *agregação, congregação, agrupamento*, promovido entre pessoas para a formação de um corpo só.” SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. II. São Paulo: Forense, 1963. p. 812. Em complemento, leia-se Cambler: “incorporar remete à ideia de unir, incluir, introduzir ou ligar certa coisa ao corpo de outra coisa”. CAMBLER, Everaldo Augusto. *Responsabilidade civil na incorporação imobiliária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 29.

²³⁴ “(...) A incorporação aqui estudada tem uma dimensão especial, pois há um imóvel, no qual se constrói em cima do mesmo, e se imprime um sistema jurídico que leva à formação de uma copropriedade em favor de várias pessoas. Adotou-se a denominação incorporação porque se acrescentam elementos jurídicos, que passam a fazer parte do imóvel e lhe dão um contorno totalmente diferente (...)” RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 203.

Etimologicamente, incorporar (*incorporatio*, do latim) significa incluir, ligar uma coisa a outra, de existência justaposta. No caso, a acessão pela construção e o terreno, bem imóvel por natureza. A incorporação deve ser compreendida como *processo*, assim entendido o conjunto de atos necessários à consecução de um fim. Qualifica-se, assim, como relação jurídica complexa e continuada. No caso, o fim é a entrega de unidades em troca de um valor.²³⁵

Trata-se, a incorporação imobiliária, da atividade de coordenação, execução e comercialização de unidades imobiliárias, vinculadas a frações ideais de terreno, em condomínio, a serem construídas ou em construção.²³⁶

Wald definiu a incorporação imobiliária nos seguintes termos:

Chama-se incorporação imobiliária, incorporação edilícia ou simplesmente incorporação, o contrato pelo qual uma parte (o incorporador) obriga-se a fazer construir um edifício composto de unidades autônomas, alienando-as a outras partes (os adquirentes), em regime de condomínio, com as frações ideais do terreno.²³⁷

Na incorporação imobiliária, portanto, leva-se a efeito mais que a simples acessão de um ou vários prédios sobre um mesmo lote de terreno, em regime condominial. O que ocorre é a alienação de frações ideais de terreno, correspondentes a unidades condominiais autônomas, antes ou durante a obra de construção, fazendo com que o empreendimento nasça com a finalidade de produzir lucro ao incorporador.²³⁸

Na essência, e de modo direto, pode-se dizer que a incorporação imobiliária caracteriza-se pela alienação de unidades condominiais antes da conclusão da obra.²³⁹

²³⁵ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 464.

²³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 208.

²³⁷ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 228.

²³⁸ “A incorporação pode ser feita por uma só pessoa, por duas ou mais em condomínio do terreno, ou por pessoa jurídica, ou ainda por duas ou mais pessoas sem aquisição de personalidade jurídica, havendo ou não, entre elas, sociedade irregular, ou sociedade de fato, ou comunhão, ou gestão de negócios, ou mandato, ou outro negócio jurídico.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 80.

²³⁹ Nesse sentido, explica Avvad que “(...) é imprescindível para a configuração jurídica da incorporação imobiliária que o elemento objetivo, ao ser comercializado, ainda esteja em construção ou apenas projetado (...)” E continua: “Para caracterizar a atividade da incorporação imobiliária é necessário, portanto, que se vise à negociação sobre bem imóvel, previamente definido, mas ainda não existente e que constitua, com outras unidades, um condomínio especial por áreas comuns.” AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 580.

Nesse passo, esclarecedora é a docência de Silva Filho, que, discorrendo acerca da necessidade de registro da incorporação imobiliária para salvaguarda dos direitos dos adquirentes, assim define a incorporação imobiliária:

A análise do texto legal leva-nos à segura conclusão do que afirmou o genial Pontes de Miranda: é uma *fase pré-comunial*, é uma *fase de construção*, ou, antes até, é uma *fase de projeto* que se inicia até antes da sua aprovação pela Prefeitura Municipal. Basta que o projeto de construção seja protocolado, que dê entrada na repartição administrativa e esteja, assim, *pendente de aprovação* por essa autoridade. Se, nessa fase, existir *qualquer alienação ou promessa de alienação de fração ideal do terreno*, onde irá se erigir a construção, essa fase que se chamou, então, convencionalmente, de *incorporação*, necessita, inelutavelmente, ser registrada.²⁴⁰

Apesar da opinião de Silva Filho, é de se observar que sua conceituação condiciona a existência da incorporação imobiliária, como fenômeno jurídico, ao início de sua regularização junto aos órgãos municipais respectivos.²⁴¹

Porém, essa interpretação, circunscrita à regularização da incorporação junto aos órgãos públicos como condição para sua configuração, destoa da concepção de maior aceite pela doutrina especializada, como se verá adiante, segundo a qual a simples atividade cria o instituto, sem qualquer formalidade precedente.²⁴²

Por isso, a incorporação imobiliária deve ser compreendida como simples *atividade* profissional de alienação de unidades condominiais, atreladas a frações

²⁴⁰ SILVA FILHO, Elvino. *Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio*. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 314-343. p. 332.

²⁴¹ “O legislador brasileiro conceitua a *incorporação imobiliária*, como sendo 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. Observe-se, desde logo tratar-se de período que antecede a instituição do condomínio em unidades autônomas ou também chamada em planos horizontais ou propriedade horizontal. (...) Para nós, a incorporação é fase *pré-comunial*, *fase de construção*, fase até de depósito de projeto (desde que aprovado ou pendente de aprovação pela Municipalidade), tenha ou não objetivo de lucro (...)” SILVA FILHO, Elvino. *Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio*. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 314-343. p. 333.

²⁴² Acerca da caracterização da incorporação imobiliária pela atividade exercida pela incorporação, independente de sua regularização, comenta Miranda, em obra publicada quando nem mesmo se cogitava da Lei 4.591/1964: “A iniciativa da comunhão, ou da divisão, mantida a comunhão, ou criada essa, simultaneamente, ou depois, por parte de quem não praticou os atos em nome e como procurador dos comuneiros ou futuros comuneiros, é o que se tem convencionalmente chamar *incorporação*.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 87. Neste mesmo sentido, leia-se: o Parágrafo único, da Lei 4.591/1964: “Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária 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.”

ideais em condomínio, a serem construídas ou em construção, que tem como resultado físico a edificação.²⁴³

Nesse sentido foi que Miranda, sucintamente, definiu a incorporação imobiliária como a “série de negócios jurídicos que preparam a comunhão *pro diviso*.”²⁴⁴ Denominou de *série* o que hoje se conhece como o processo que se inicia com a elaboração do projeto condominial, aprovação pelos órgãos públicos respectivos, confecção e registro dos contratos, edificação e entrega das unidades, e final instituição e especificação do condomínio no registro de imóveis.²⁴⁵

Apesar de o parágrafo único do art. 28 da Lei 4.591/1964²⁴⁶ definir a incorporação imobiliária como *atividade*, cuja finalidade consiste na entrega de unidades vinculadas a frações ideais de terreno vendido ou prometido a venda, o sentido que se deve a ela imprimir é mais abrangente que a simples obrigação de dar coisa certa. A *atividade* contém o seu objeto material, que se corporifica na edificação em condomínio e igualmente abarca o contrato que a regulamenta no aspecto negocial.²⁴⁷

Theodoro Junior, respeitante ao conceito de incorporação imobiliária, discorre:

²⁴³ Em artigo publicado no ano de 1979, denominado *Incorporação Imobiliária*, Pereira satisfaz-se em definir o fenômeno jurídico da incorporação imobiliária simplesmente como “(...) o contrato por via do qual uma pessoa física ou jurídica se obriga a promover a construção de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidade autônomas, para alienação total ou parcial.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Incorporação Imobiliária*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 245.

²⁴⁴ “O negócio jurídico ou série de negócios jurídicos que faz a incorporação é, de regra, negócio jurídico ou série de negócios jurídicos inominados; porém contém necessariamente promessa, opção, ou compra e venda de apartamentos, ou contrato de divisão material e jurídica do bem comum, com discriminação do que é *diviso* e do que é *indiviso*. A parte paga do preço considera-se, salvo disposição em contrário, contraprestação que justifica continuarem por conta dos donos do terreno os impostos e taxas do terreno e por conta do vendedor dos apartamentos, do ou não do terreno, até lavrar-se a escritura hábil para a transferência da propriedade (terreno ou outras partes integrantes indivisas mais apartamento), os impostos e taxas que sejam concernentes ao novo edifício ou edifício remodelado ou simplesmente “dividido em apartamentos”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 79.

²⁴⁵ A esse respeito, conferir art. 32 da Lei 4.591/1964.

²⁴⁶ Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei. Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

²⁴⁷ “(...) A expansão, nos mais adiantados centros urbanos, do mercado imobiliário, encaminhou para as edificações em condomínio a solução de problemas da habitação e da concentração comercial, ensejando o exercício de uma atividade profissional através de relações contratuais tão frequentes e importantes que determinaram a tipificação do negócio jurídico denominado, na lei, contrato de incorporação imobiliária.” GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 445.

Negócio jurídico complexo, pelo qual o incorporador se obriga a realizar, por si ou por terceiros, a construção de unidades imobiliárias em edificação coletiva e, bem assim, a transmitir a propriedade dessas unidades aos respectivos adquirentes, firmando os respectivos contratos durante a construção; em contrapartida, obrigam-se os adquirentes a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir.²⁴⁸

E Rizzardo, ainda se referindo ao conceito de incorporação imobiliária, discorre que a incorporação pode se projetar tanto no plano horizontal quanto no plano vertical:

Trata-se de atividade que procura unir pessoas e fundos para a construção de edificações, divididas em unidades imobiliárias individualizadas e discriminadas, que se destinam à venda, a qual se processa durante a própria construção. Mais conceitualmente, é a atividade de coordenação e execução de edificações imobiliárias (e não somente de prédios), que vai desde a alienação de frações ideais, que se transformam em unidades imobiliárias em construção, com a sua destinação aos adquirentes quanto prontas, e a efetivação do registro imobiliário.²⁴⁹

Azevedo e Melo, no mesmo sentido, prelecionam a respeito das muitas atividades necessárias à consecução do fim da incorporação:

Essa perspectiva, da incorporação como processo, parece estar alinhada com o art. 29 da Lei 4.591/64, ao definir a incorporação como *atividade*, isto é, um conjunto de ações ou etapas do processo cujo fim é a entrega de unidades já vinculadas a frações ideais de terreno vendido ou prometido a venda, ainda que a incorporação não seja o construtor da edificação. Destaque-se que muitas atividades serão necessárias até a consecução do fim. Em relação ao atos jurídicos civis, existem alguns exemplos: a) contrato de aquisição do terreno; b) contrato de corretagem para a comercialização; c) contratos de publicidade para a divulgação do empreendimento; d) contrato de construção; e) contratos diversos com fornecedores de produtos e serviços; f) contrato de compra de equipamentos; g) contrato de promessa de compra e venda; h) contrato para aquisição de recursos destinados a construção; i) registro imobiliário dos atos jurídicos exigidos para o empreendimento.²⁵⁰

E Rizzardo, no mesmo passo, defende:

Não se restringe essa atividade à mera construção. Este é um dos aspetos materiais, ao qual somam-se outros, de significante relevância, que

²⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei nº 4.591/1964*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 376, p.81-94, nov./dez. 2004. p. 83.

²⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 208.

²⁵⁰ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 465.

constituem a alma da incorporação e que se revelam na formulação e elaboração da ideia e diretrizes da obra, no planejamento, na mobilização de recursos necessários, na organização, na coordenação ou administração de atividades, na venda de unidades ou partes ideais, no encaminhamento ao registro imobiliário.²⁵¹

Oportuno, nesse sentido, trazer à colação fragmento de texto de Azevedo e Melo, para os quais a complexidade da incorporação imobiliária traduz, em síntese, um conjunto de obrigações de dar e fazer:

Na prática, a promessa costuma ser o único instrumento assinado pelo adquirente. Ocorre que o legislador, considerando os riscos da promessa e a fragilidade do promitente, cria outros deveres e direitos que atribuem à incorporação um sentido mais amplo, isto é, a *obrigação de fazer* envolve apenas o contrato definitivo, mas igualmente a realização de todas as situações jurídicas anteriores, concomitantes e posteriores a própria promessa, como construir (*obrigação de fazer*) e entregar a unidade de acordo com as especificações do memorial de incorporação (*obrigação de dar*), prestando contas semestrais da construção (*obrigação de fazer*).²⁵²

Ter-se-á, portanto, iniciado a incorporação a partir da venda, promessa de venda ou da simples oferta de unidade em condomínio, vinculada a de fração ideal de terreno, a ser construída ou em fase de construção; mesmo a simples publicidade do empreendimento implicará proposição do negócio e sujeitará o incorporador às obrigações contidas na lei.²⁵³

Afirma Pereira, no tocante à natureza da atividade incorporativa, que o “incorporador é uma empresa ou empresário”,²⁵⁴ porque a atividade econômica por ele exercida tem exato encaixe no art. 966 do Código Civil.²⁵⁵

²⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 209. Registre-se, ademais, opinião de Avvad, nesse sentido: “(...) o legislador, ao classificar a atividade da incorporação imobiliária (...) foi absolutamente econômico, porquanto ela se desdobra em diversas outras *atividades-meio* que estão compreendidas na *atividade-fim* prevista no diploma legal.” AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 579.

²⁵² AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 466. Conferir, também, Ghezzi, para quem o incorporador assume obrigação de resultado, perante os adquirentes das unidades condominiais futuras. GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária à luz do código de defesa do consumidor e do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 64.

²⁵³ Nesse sentido: “(...) O lançamento, que marca o início da comercialização, assume aspectos de tal modo relevantes para o incorporador, em razão da publicidade em torno do empreendimento, que passa a caracterizar a proposta pública de venda da incorporação. (...)” AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 598.

²⁵⁴ Afirma: “Toda pessoa, natural ou jurídica, que organiza uma atividade economicamente estável e teoricamente produtiva, tomando para si os riscos respectivos, constitui empresa.” E no caso do incorporador, “pode ser empresa individual ou coletiva; pode ser dotada ou não de personalidade

E, noutra parte de sua obra, diz:

Toda pessoa, natural ou jurídica, que organiza uma atividade economicamente estável e teoricamente produtiva, tomando a si os riscos respectivos, constitui uma empresa. Houve, em princípio, certa resistência à ideia de *empresa individual*, pois uma natural associação levava a mente ao campo das pessoas jurídicas, confundindo das duas noções. Posto de lado o prejuízo, entrou no comércio jurídico e no vocabulário técnico a precisar noção de que a *empresa pode ser individual ou coletiva*, o que, aliás, é tranquilamente aceito no nosso direito positivo. (...) Como temos o interesse em fixar a sua figura para mostrar que a incorporação é atividade empresária, limitamo-nos a fazer agora estas observações fundamentais: a empresa pode ser individual ou coletiva; pode ser dotada ou não de personalidade jurídica; pode confundir-se com seu organizador ou destacar-se dele; pode visar à produção de utilidades (empresa de produção), ao seu conteúdo (empresa de distribuição), à exploração de serviços alheios (empresa de serviços), ou pode reunir mais de um objetivo especializado (empresa mista), e será nesta classe que colocamos o incorporador.²⁵⁶

Tal concepção é antiga. Já em 1977, Cotrim Neto compartilhava da ideia de que a atividade do incorporador tem natureza empresarial:

Modernamente, quase não se questionaria mais sobre a atividade profissional o incorporador seria de natureza mercantil, embora nosso Código Comercial de 1850, inspirado no preconceito do homólogo diploma francês de 1807, houvesse estabelecido que ‘unicamente a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes’ será considerada mercantil (art. 191). (...) Destarte, temos como pacífico o entendimento contemporâneo de que a incorporação é uma atividade mercantil por natureza.²⁵⁷

Outrossim, no mesmo sentido, é a docência de Chalhub, para quem a incorporação imobiliária é “atividade empresarial que se caracteriza pela produção e

jurídica; pode confundir-se com seu organizador ou destacar-se dele; pode visar à produção (empresa de produção), ao seu comércio (empresa de distribuição), à exploração de serviços alheios (empresa de serviços), ou pode reunir mais de um objeto especializado (empresa mista), se será nesta última classe que colocamos o incorporador. (...) uma empresa imobiliária. Ou, segundo o art. 966 do Código Civil, um empresário. Exerce atividade empresária.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 196, 198.

²⁵⁵ Nota do atualizador: “Com o advento do Código Civil de 2002, a incorporação de edifício, qualquer que seja a estrutura societária adotada, seja a da sociedade anônima, da sociedade limitada ou outra admitida em lei, qualifica-se como atividade empresária, e o incorporador constitui uma empresa, porque ‘exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços (Código Civil, art. 966, *caput*).” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 198.

²⁵⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 195, 197.

²⁵⁷ COTRIM NETO, A. B. Do contrato de incorporação do condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160. p. 151

comercialização de imóveis em construção, integrantes de conjuntos imobiliários” em condomínio.²⁵⁸

Mezzari também ensina a esse respeito:

Modalidade empresarial por excelência, a incorporação imobiliária constitui-se na atividade de um empresário que viabiliza o projeto de um determinado empreendimento, submetendo-o ao regime especial da Lei 4.591, de 1964, e faz oferta pública para alienação das unidades futuras, acompanhando e responsabilizando-se pelo empreendimento até seu final.²⁵⁹

Em sentido contrário, porém, Silva Filho registra:

O conceito legal da *incorporação* não induz, de forma alguma, à necessidade de que o incorporador seja empresário, que exerça uma atividade com objetivo de lucro. Poderá, efetivamente, ser empresário ou não. (...) Basta que leia o conceito legal da incorporação, expresso no par. único, do art. 28, para alijarmos, de vez, o requisito da atividade empresarial como ínsito na incorporação: Considera-se incorporação imobiliária 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. Onde está aqui a atividade empresarial com o intuito de lucro? (...) Não se vislumbra, sequer, nesse conceito fixado pelo legislador, a necessidade da atividade empresarial do incorporador como condicionante indispensável para o registro da incorporação.²⁶⁰

Deveras importante registrar que a incorporação imobiliária é atividade centrada na comercialização de unidades condominiais *por construir* (ditas, na planta) ou *em construção*. Desse modo, a edificação que se faz com recursos próprios do construtor, para uso próprio, ou alienação após a especificação e instituição do condomínio, não recebe tal designação e não está sujeita às obrigações da Lei 4.591/1964.²⁶¹

²⁵⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 241.

²⁵⁹ MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 88.

²⁶⁰ SILVA FILHO, Elvino. *Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio*. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 314-343. p. 327.

²⁶¹ Ensina Chalhub, a esse respeito: “Nota-se que está sempre presente a finalidade lucrativa, como contrapartida dos riscos do incorporador pela iniciativa, coordenando a consecução do negócio, sem a qual um determinado empreendimento imobiliário não poderá ser tomado como incorporação, cujo traço característico é a mercancia. Assim, um edifício cuja construção esteja sendo promovida para uso próprio do construtor não configura uma incorporação imobiliária. CHALHUB, Melhim Namem. Memorial de incorporação: notas sobre a inexigibilidade de seu arquivamento nas hipóteses que não configurarem atividade empresarial. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529-552. p. 530.

Terra assevera que “se o incorporador investir apenas capital próprio, desnecessário se tornará o registro da incorporação.”²⁶²

A esse respeito, encerra Pereira:

(...) para a nova lei a qualidade de incorporador estende-se ao proprietário ou adquirente do terreno, que promova a edificação destinada à utilização condominial, uma vez que exponha as unidades, total ou parcialmente à venda, antes da conclusão das obras (art. 30). É obvio que, sendo a incorporação uma atividade empresarial, constitui organização econômica destinada a fim lucrativo. Quem constrói para si mesmo, ainda que seja edifício de apartamentos, não é incorporador. Nele se converte, porém, desde o momento em que exponha à venda as unidades vinculadas à fração ideal, antes da conclusão do edifício. Reversamente, se alienar apartamento ou conjunto depois de estar o prédio terminado – e como tal, se considera o que tenha já o ‘habite-se’ da autoridade administrativa, não procederá como incorporador. A ele não se aplica a Lei n. 4.591/1964 (...).²⁶³

Leia-se, no mesmo sentido, em Agharian, que não haverá incorporação imobiliária se, pretendendo alienar as unidades condominiais somente após o término da edificação, as pessoas referidas nos artigos 28 a 31 da Lei 4.591/1964 avançarem contratos de permuta ou dação em pagamento, referentes a unidades por construir, tão somente com as pessoas físicas ou jurídicas com quem vier a contratar a edificação do prédio, a compra do terreno onde será realizada a construção, a divulgação das unidades etc.²⁶⁴

E Azevedo e Melo asseveram:

Não existe incorporação em qualquer atividade construtiva. É preciso que a construção seja acompanhada do propósito específico de *alienar as unidades antes de concluídas as obras*. Seria o caso do investidor ou grupo

²⁶² TERRA, Marcelo. Permuta de terreno por área construída. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.) *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 483-515. p. 505.

²⁶³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 205.

²⁶⁴ Ensina o autor: “Apenas enxergou a lei a necessidade de proteger a contratação mais impessoal, mais volumosa, quando destaca ser responsável aquele que oferece para alienação, total ou parcial, edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (...). Deixa de fora, o legislador, aquele particular que (...) comercializa unidades já edificadas e com *habite-se*. Por fim, pode-se extrair (repise-se, aos ditames procedimentais da lei) que a atividade, para sua caracterização e submissão, deverá iniciar-se antes da edificação ou antes da sua conclusão. Deixando o incorporador para divulgar e dar em oferta as unidades após a edificação, não se enquadrará, também, na hipótese de constrição da presente lei, porque aqui se lê: ‘promover e realizar a construção, para alienação.’ O que não impede, sob o aspecto jurídico, que antes do próprio lançamento já se encontre, a totalidade das unidades, prometida em forma de permuta, ou dação em pagamento, como mais usualmente se utiliza, a par de procedentes críticas.” AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 252.

adquirir terreno e contratar a construção de edifício residencial, comercial ou *shopping center*, destinado a locação ou alienação, quando estiver concluída a construção e averbado o habite-se. Apesar de existir condomínio (geral voluntário pelo art. 1.314 do CC) entre os coproprietários, não há incorporação pela ausência do propósito de alienar durante a construção, afastando-se a aplicação da Lei 4.591/64. Não há incorporação, também, na contratação de construção para expansão de empreendimento para torna-lo um complexo multiuso ou outro fim qualquer, se o destino futuro é a locação ou a venda depois de pronta a obra e averbado o habite-se.²⁶⁵

Retome-se, assim, que a incorporação, desde a sua gênese, é o processo que conduz à criação do condomínio *pro diviso*, como bem ensinou Miranda: “O que caracteriza a incorporação é a finalidade do negócio jurídico (...)”.²⁶⁶ Inicia-se pela prática dos atos a ela inerentes, por aquele a quem a lei denominou *incorporador*,²⁶⁷ e encerra-se com a especificação do condomínio, que atribui a cada fração ideal de terreno o correspondente *apartamento*.

De fato, a incorporação imobiliária é, como leciona Miranda, período pré-comunial,²⁶⁸ que antecede a criação do condomínio e a ela se destina, e se extingue com a instituição do condomínio, por meio da averbação do respectivo *habite-se*, no registro tabular do imóvel.²⁶⁹

O que Miranda denomina *período pré-comunial*, Agharian designa de *pre-horizontaldade*, e ao discorrer sobre a importância do cumprimento das formalidades estabelecidas no art. 32 da Lei 4.591/1964, pelo incorporador, esclarece o assunto:

²⁶⁵ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 471.

²⁶⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 81.

²⁶⁷ Conferir artigos 29 a 31 da Lei 4.591/1964.

²⁶⁸ “Todo o período em que se planeja a comunhão *pro diviso* é dito período *pré-comunial*. Pré-comunial-real, se o estendemos até a constituição do direito real pelo registro do edifício, ainda que em construção; pré-comunial-obrigacional, se não há, ainda, as figuras dos comunheiros *pro diviso*. Ao negócio jurídico ou a série de negócios jurídicos que preparam a comunhão *pro diviso* chamou-se *incorporação*. O uso escolheu o termo.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 79.

²⁶⁹ “A incorporação é apenas o período *pré-comunial* em que se praticam os atos necessários ao estabelecimento da comunhão *pro diviso* nos edifícios de apartamentos. Ou se trate de juntar donos de terrenos, que, unificados, perfazem espaço melhor para a edificação, ou se trate de edificar em terreno próprio privativo, ou comum, ou de outrem (com autorização bastante), ou se trate de aproximar candidatos à aquisição de apartamentos, a *incorporação* alude à intenção – não *affectionis* – de chamar a um *corpo* (‘feito em corpo’ significa unido, como se lê nas *Décadas de JOÃO DE BARROS*: ‘corpo de exército’, ‘corpo político’, corporações, corporativa) os futuros comunheiros *pro diviso*.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 80.

O registro da incorporação imobiliária, além de autorizar o incorporador a negociar as frações ideais do terreno e vinculá-las a futuras unidades autônomas, tem o condão de pré-submeter o imóvel ao regime da propriedade horizontal. (...) O momento do registro da incorporação imobiliária é, pois, de suma importância no exame da pré-horizontalidade (...). Quando o incorporador requerer a averbação da construção das edificações de que trata o artigo 44, da Lei 4.591, de 1964, bem como o registro da instituição do condomínio de que trata o artigo 167, I, 17, da Lei 6.015/73, os atos a serem praticados terão efeito apenas confirmatórios no próprio registro imobiliário. (...) Há aparente unanimidade na doutrina e na jurisprudência, ao declarar a necessidade do registro da instituição de condomínio, logo após a averbação do 'habite-se', mesmo nos casos em que tenha havido anterior registro da incorporação imobiliária, sem o que não haverá o nascimento das unidades autônomas definitivas.²⁷⁰

Por fim, tem-se por incorporação imobiliária a atividade de promover construção imobiliária, destinada à alienação, antes ou durante as obras, de unidades autônomas, com fração ideal de terreno a elas correspondentes, cujo resultado consiste na propriedade imobiliária fracionada, sob regime condominial.²⁷¹

2.3 Natureza Jurídica da Incorporação Imobiliária

A incorporação imobiliária é o instrumento por via do qual duas partes, incorporador e adquirentes, contratam a construção de edificação em condomínio. A propriedade em questão caracteriza-se pelo domínio exclusivo de uma unidade autônoma, com correspondente fração ideal de terreno a ela vinculada, mediante o pagamento de certo preço.²⁷²

Trata-se de negócio jurídico eminentemente caracterizado pela obrigação que assume o incorporador de “promover a construção de edificações ou conjunto de

²⁷⁰ “[...] de permuta, ou dação em pagamento, como mais usualmente se utiliza, a par de procedentes críticas.” AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 150.

²⁷¹ SCHMIDT, Francisco Arnaldo. *Incorporação imobiliária*. 2. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p. 47.

²⁷² Na docência de Pereira: “Posta assim a questão, já podemos, então, identificar as partes contratantes. De um lado os adquirentes de unidades no edifício ou no conjunto de edificações que se pretende construir. Cada um deles, isoladamente, ou um conjunto deles, encarados com um aglomerado de pessoas, é ‘uma parte’ no contrato. E assim se considerarem no caso de comparecerem todos numa só escritura como no de figurarem destacadamente em diversos instrumentos. Eles são partes contratantes, independentemente da titulação com que se designem, a saber: compradores, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários. (...) No contrato de incorporação, apresentam-se: de um lado, cada adquirente ou os adquirentes de unidades autônomas vinculadas a frações ideais de terreno; de outro lado, o incorporador, com a qualificação obediente aos requisitos especificados.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Incorporação Imobiliária*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 248, 249.

edificações compostas de unidades autônomas”, as quais são destinadas à venda total ou parcial.²⁷³

Pereira explica, contudo, que antes da Lei 4.591/1964, quando o desenvolvimento da indústria da construção civil dava à incorporação seus primeiros traços de modalidade contratual, o que se cogitava sobre a incorporação imobiliária podia ser visto somente por intermédio da figura do incorporador. Sabia-se da existência de certo profissional misto – uma mescla de *corretor*, *mandatário*, *comissário* –, que oferecia a adquirentes certo negócio jurídico amorfo, consistente na aquisição de unidades condominiais, por construir ou em construção. Tais unidades eram vinculadas a frações ideais do terreno onde seriam construídas, e eram conhecidas a partir de um projeto por ele (ou a mando dele) elaborado, a ser entregue pronto e acabado, devidamente regularizado administrativamente.²⁷⁴

Nesse ambiente, registra Pereira quais eram as primeiras características do contrato de incorporação:

A incorporação surgiu, então, em nosso Direito, como contrato atípico. No Código Civil de 1916 não se pode encontrar o menor resquício dele. E na legislação posterior, paupérrima, a este respeito, não apareceu por muito tempo, ainda. Os empresários da construção civil celebravam-no, porém, cogitando de arrolar todas as minúcias necessárias ao estabelecimento de direitos e deveres das partes contratantes, como se dá sempre nos contratos inominados ou atípicos, que Josserand qualifica como ‘contratos sob medida’, em contraposição aos nominados ou atípicos, que ele classifica como já confeccionados (...).²⁷⁵

Foi, porém, no turno da Lei 4.591/1964, precisamente pela redação do parágrafo único do art. 28 que a incorporação imobiliária assumiu o caráter de contrato *nominado*.²⁷⁶

²⁷³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 245.

²⁷⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 243, 244.

²⁷⁵ E esclarece o autor: “Sendo atípico, tornava-se necessário que as partes especificassem os respectivos direitos e obrigações, uma vez que não haveria o modelo legal a que se reportassem.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 244.

²⁷⁶ Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei. Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Salienta Gomes que o contrato de incorporação imobiliária “seria um contrato atípico misto se não já tivesse sido definido em lei como espécie contratual nominada”, e descreve suas principais características: “sinalagmático, simplesmente consensual, oneroso, forma de execução diferida.”²⁷⁷

E, acerca da relevância de ser contrato nominado, novamente se invoca a lição de Pereira:

A importância reconhecida a esta qualificação não condiz com a força obrigatória, mas com a circunstância de, sendo típicos, as partes não necessitam descer às minúcias de seus direitos e obrigações, bastando a referência ao nome para atrair toda a sua estrutura legal e, ao revés, sendo atípicos, é mister que os interessados minudenciem em cláusulas e itens tudo aquilo a que os contraentes estarão obrigados. (...) Basta, então, celebrar um contrato de incorporação para desde logo reportarem-se as partes às disposições legais respectivas, sem a necessidade de uma inovação específica.²⁷⁸

Registre-se, outrossim, a respeito da tipicidade do contrato de incorporação imobiliária, o registro histórico que se encontra em Cotrim Neto:

Acrescente-se, mais, que o contrato de incorporação não teve ingresso eventual em nosso sistema jurídico, e que a cada dia ele se aperfeiçoa, e aprofunda suas raízes, em nosso direito legislado ou em fase de legislação. E tanto isso é certo que no ‘Anteprojeto de Código Civil’, elaborado pela Comissão Miguel Reale e acolhido pelo Governo da União que o remeteu ao Congresso Nacional, - onde se acha em apreciação, - se colocou o ‘Contrato de Incorporação Edilícia’ entre a, ‘várias espécies de contrato’ (Parte Especial, Livro I, Tít. VI, cap. XV, arts. 753/756), sob este enunciado: ‘Pelo contrato de incorporação o incorporador, 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.’ (art. 753). E o art. 754 do mesmo Anteprojeto pretende estabelecer que o incorporador ficará submetido e sujeito ‘às regras gerais sobre contratos constantes deste Código’. Finalmente, como no trabalho elaborado pela Comissão Reale, em suas Disposições Gerais pertinentes ao contrato de compra e venda, se estabeleceu – no art. 477 – que ‘a compra e venda poder ter por objeto coisa atual ou futura’, desta maneira ficará dirimida a prisca controvérsia sobre a idoneidade da alienação de obra a elaborar, que, desta forma, terá características inconfundíveis com outras espécies de contrato, inclusive a *locatio operis*.²⁷⁹

²⁷⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 12, 13.

²⁷⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 243-259. p. 246.

²⁷⁹ COTRIM NETO, A. B. Do contrato de incorporação do condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160. p. 156.

Do caráter contratual que deu a Lei 4.591/1964 à incorporação imobiliária, foi possível à doutrina classificá-lo adequadamente. E nele Pereira enxergou os seguintes caracteres: “é *bilateral, oneroso, comutativo, consensual e de trato sucessivo.*”²⁸⁰

Expressa-se a bilateralidade ou sinalagma pela existência de obrigações que são recíprocas às partes. Significa que, correspectivamente, as partes são devedora e credora simétricas, uma da outra.²⁸¹ O adquirente é credor do incorporador, da entrega da edificação na exata forma que descreve o contrato; o incorporador, por sua vez, credor do adquirente, no que concerne ao adimplemento do preço e das demais obrigações a que se sujeitou.²⁸²

Ouçá-se, em Rizzardo, o seguinte complemento:

Bilateral ou sinalagmático porque decorrem obrigações de ambas as partes, ou correspectivas, com o incorporador administrando a construção até a entrega das unidades, e os adquirentes efetuando os pagamentos, ou fornecendo os meios para que seja alcançado o propósito último da obra.²⁸³

De ser oneroso implica que ambas as partes extraem vantagem da relação obrigacional.²⁸⁴ Emerge, ao incorporador, o direito ao preço da incorporação e à

²⁸⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 246. No mesmo sentido: RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 222.

²⁸¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 553. Conferir Pereira: “De acordo com a noção consagrada, diz-se bilateral o contrato que gera obrigações para um e outro contratante. Segundo a doutrina vigente, a bilateralidade significa que os direitos e as obrigações dele oriundas são correlatas e interligadas, estabelecendo-se uma correspectividade necessária. As partes são respectivamente credora e devedora uma da outra, simultaneamente (...).” PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 243-256. p. 246.

²⁸² Oportuna, nesse sentido, a lição de Ruggiero: “(...) aos contratos bilaterais é aplicável a condição resolutiva tácita, pela qual, faltando um dos contraentes à sua obrigação, o outro pode pedir a revogação do contrato, quando não prefira agir para o obrigar a cumprir; (...) e quanto a esses se pode falar da *exceptio non adimpleti contractus*, que dá direito a cada um dos contraentes a recusar a execução da sua prestação, se o outro age sem ter cumprido a sua.” RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações, direito hereditário*. Trad. Ary dos Santos. v.III. São Paulo: Saraiva, 1958. 254/255.

²⁸³ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 221.

²⁸⁴ Explica Rizzardo: “Considera-se oneroso em razão das contraprestações de cada parte, dos encargos recíprocos, do custo das obrigações de ambos os contratantes, devendo ser compensados ou remunerados pela atividade desenvolvida e impondo-se a realização das obras.” RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 221.

quitação após a sua entrega; a primeira vantagem é negocial, a segunda, tem mais natureza econômica, posto que eleva a confiabilidade de sua atuação no mercado imobiliário.²⁸⁵

Já o proveito do adquirente, de igual modo, é duplo: advém, primeiro, da construção que recebe na forma do contrato, como objeto material da obrigação avençada; o outro, da propriedade que se lhe acrescenta, como direito fundamental, que traz em si o conteúdo da liberdade, da autonomia, de autodeterminação.²⁸⁶

Diz-se comutativo referindo-se ao ganho proporcional que ambas as partes extraem do contrato. Sem maior esforço, nota-se que há equivalência entre as vantagens que cada parte extrai do negócio. Ao incorporador, o lucro; ao adquirente, o patrimônio. Veja-se, em Rizzardo:

(...) *comutativo* porque as prestações de um e de outro lado devem manter uma correspondência ou equivalência bastante exata, evitando desproporções injustas, ou vantagens exageradas de um dos contratantes. O valor que o adquirente paga representará o real preço da unidade, de sorte a ninguém ficar prejudicado.²⁸⁷

Por consensual, diz-se que o contrato passa a existir desde que manifestadas as declarações de vontade de ambas as partes contratantes. E explica Pereira:

[...] considera-se formado 'solo consenso', vale dizer, não está adstrito a nenhuma solenidade ou requisito formal. Celebra-se por escrito, como meio técnico de se fixarem desde logo as obrigações e direitos das partes. Mas não está subordinado a formalidades, terminologia ou sacramentalidade."²⁸⁸

No tocante à dispensabilidade do instrumento escrito, em que as partes encerram suas tratativas, de Pereira diverge Rizzardo, para quem o contrato de incorporação imobiliária impõe a forma escrita.

²⁸⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Incorporação Imobiliária*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 246.

²⁸⁶ Discursando sobre a sociologia da propriedade, Caio Mario leciona que "(...) de todos os direitos subjetivos o que mais fundamente cala na consciência jurídica de um grupo social é a propriedade. Mesmo as pessoas que não têm qualquer formação jurídica para perceber a noção abstrata do direito subjetivo, mesmo os indivíduos rudes sem um sensorio aberto à penetração do jurídico como ideia genérica, reduzem a ideia de direito aos termos de comparação com o sentido dominial. (...) Na propriedade está incrustado o germe da transformação." PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 6, 10.

²⁸⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 222.

²⁸⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 247.

[...] tem-se um contrato solene no sentido de exigir, para a sua validade e imposição, a formalização através de vários requisitos, como a celebração por meio de um instrumento escrito, devendo levar-se a termo o arquivamento de uma série de documentos relacionados no art. 32 da Lei n. 4.591/1964, com o pedido de registro imobiliário. Desde que apontada uma forma de instrumento, em bora particular, com os elementos que conterà, inclui-se entre os contratos solenes.²⁸⁹

A postura a que este escrito se filia é a de Pereira, segundo a qual a formalidade prevista no art. 32 da Lei 4.591/1964 não deve ser confundida pelo intérprete com a característica da *solenidade* :

Realizando o que os autores modernos chamam de ‘formalismo de publicidade’, a Lei 4.591/1964, no art. 32, § 2º, determina que os contratos de compra e venda, promessa de venda e promessa de cessão de unidades autônomas serão averbáveis à margem do registro dos documentos imprescindíveis à incorporação. Não se trata de classificar a incorporação como contrato formal ou solene, porém de amparar os interessados com o registro de documentos exigidos para a incorporação e averbação dos atos alienatórios a que dá origem. E, para fixar o momento inicial da obrigatoriedade para o incorporador, o art. 33 impõe o registro da incorporação estabelecendo o marco inicial do prazo de 180 dias, findo o qual, se ele ainda não se houver concretizado, o incorporador só poderá negociar as unidades depois de atualizar a documentação exigida no art. 32, revalidando o registro por igual prazo.²⁹⁰

Melo e Azevedo, ao tratarem das obrigações do incorporador, também conferem à incorporação imobiliária o caráter da consensualidade e, a respeito da formalidade contida no art. 32 da lei, encerram:

O processo – ou a atividade – de incorporação cria dois e autônomos níveis de deveres. Deveres a cumprir com o Estado, inclusive antecedentes a própria comercialização das unidades e a criação da relação contratual, como registrar o memorial de incorporação. E deveres a cumprir com o futuro adquirente da unidade, antes, durante e após a entrega.²⁹¹

Os requisitos expressos no art. 32 da lei não condicionam a validade do negócio ao deferimento do registro da incorporação no ofício de imóveis. Para que

²⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 223.

²⁹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 247.

²⁹¹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 465.

as partes estejam juridicamente obrigadas é suficiente a assinatura do contrato inicial, denominado por uns de pré-contrato²⁹² ou carta proposta pela lei.²⁹³

Como visto anteriormente, a *atividade* cria a incorporação imobiliária e atrai ao negócio avençado entre as partes a regência da Lei 4.591/1964. Por isso o caráter da consensualidade mais se afeiçoa à incorporação imobiliária do que o ato da solenidade. Para que a incorporação exista, basta às partes o trato sobre a unidade condominial (por instrumento público, particular, ou mesmo sem qualquer instrumento, como menciona Pereira), o pagamento do preço (que pode ser à vista ou em prestações), e o início das obras.²⁹⁴

Ouçá-se Silva Filho, eminente registrado paulista, a esse respeito:

A palavra '*incorporação*', em nosso meio cartorário, muitas vezes não é bem compreendida. O pensamento está sempre voltado para a construção. Existindo esta, o contrato de incorporação se configuraria, o que não pode ser verdade. Seu conceito, como visto, está intimamente ligado ao de *organização* e *comercialização*, ao caráter *empresarial*, à atividade conjugada de construir e vender.²⁹⁵

Em verdade, como melhor se verá adiante, levar a registro os documentos relativos à incorporação imobiliária constitui uma das muitas obrigações a que está sujeito o incorporador, razão pela qual a sua infração não invalida o ajuste firmado entre esse e o adquirente. E mesmo Chalhub, que de Pereira diverge, para ver na incorporação imobiliária o traço da solenidade, a respeito dela hesita:

O negócio jurídico da incorporação tem como causa a produção de um bem imóvel e a constituição de um direito de propriedade, promovendo a manutenção do direito de propriedade incidente sobre o terreno num outro direito de propriedade, que terá como objeto unidades autônomas assentadas em planos horizontais sobre esse terreno, fragmentando a

²⁹² AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 252.

²⁹³ Refere-se Carlos Maximiliano: "O prédio, objeto de promessas de venda, alienação parcelada definitiva ou testamente, pode estar construído, a construir-se, em curso de construção, ou não passar de uma casa imperfeita, até ser negociado ou distribuído pela planta apenas (...). SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 135.

²⁹⁴ Nesse sentido, tem-se a contribuição de Scavone Junior: "De acordo com a lei, é negócio jurídico mediante o qual o incorporador se obriga a promover e realizar uma construção imobiliária destinada à alienação das unidades autônomas, com pagamento à vista ou em prestações. Portanto, para que haja incorporação, mister se faz a construção (Lei 4.591/1964, arts. 28 a 68)". SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.137

²⁹⁵ SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 314-343. p. 326.

propriedade do terreno em frações ideais, que passarão a incidir também sobre as partes da edificação que têm vocação para a propriedade em comum. Essa é a causa do negócio jurídico da incorporação: a constituição de direito de propriedade sobre a edificação, em frações ideais, e sobre as unidades imobiliárias integrantes dessa edificação, atribuindo o direito sobre essas unidades àqueles que, nos termos dos respectivos títulos, vierem a se tornar titulares de direito de propriedade sobre elas. (...) Vê-se, portanto, que, a despeito da solenidade exigida por lei para os contratos que visem constituir ou transmitir direito real, a Lei das Incorporações mitiga essa exigência, em benefício do adquirente, ao tornar completo o contrato de compromisso de venda mediante a simples adesão do adquirente a um ajuste preliminar, que, para esse fim, se agrega ao memorial de incorporação, com ele formando o contrato.²⁹⁶

Como se verá, outrossim, muitas incorporações têm se desenvolvido de forma irregular, unicamente com base nos compromissos particulares firmados entre incorporador e adquirentes. E negar-lhes a efetiva guarida da Lei 4.591/1964, furtando de tais contratos plena validade, é negar os motivos que justificaram a criação do instrumento normativo.

Por serem, a incorporação imobiliária e o incorporador, caracterizados pela *atividade* desempenhada, todos os problemas derivados de defeitos na conduta do incorporador, ou no resultado material da incorporação (a edificação), deverão ser apreciados à luz do que disciplina a Lei 4.591/1964.

Para que exista a incorporação imobiliária e o incorporador, é desnecessário que se cumpram as exigências do art. 32 da lei de incorporações.²⁹⁷ Essa é a lição Meirelles:

Contrato de incorporação de condomínio é o ajuste pelo qual o incorporador se compromete a construir diretamente ou por terceiros e, ao final, transferir a propriedade horizontal de unidades autônomas de um mesmo edifício de dois ou mais pavimentos, assim como as partes ideais do terreno e das áreas de utilização comum, aos tomadores de apartamentos, mediante um preço fixo, ou ajustável ao custo da construção nas condições estabelecidas na convenção de condomínio.²⁹⁸

²⁹⁶ CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 555, 557.

²⁹⁷ Referindo-se ao caráter negocial, eminentemente não solene, da incorporação imobiliária, esclarece Pontes de Miranda que “a forma ou categoria que toma a incorporação não pertence ao direito predial. Por outro lado, os laços entre o incorporador e os adquirentes das unidades, futuras ou já feitas, são, quase sempre, de *direito das obrigações*.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo XII. Campinas: Boockseller, 2001. p. 261.

²⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 278/279.

Tem-se, assim, que a incorporação imobiliária se materializa por meio de contratos preliminares, da espécie, inclusive, da promessa de compra e venda, e contempla, ordinariamente, uma construção e uma correspondente quota de terreno, e de modo algum pode ser condicionada a sua caracterização ao cumprimento de qualquer rito ou formalidade.²⁹⁹

Por fim, a incorporação imobiliária é modalidade contratual de trato sucessivo (execução continuada ou execução sucessiva), porque sua prestação protraí no tempo, uma vez que as obrigações de ambas as partes não se encerram num único ato; ao invés disso, estendem-se por prestações periódicas, que somente se encerrarão com a entrega da unidade, devidamente registrada no Registro de Imóveis respectivo, e o pagamento integral do preço.³⁰⁰

2.4 O Contrato de Incorporação Imobiliária

Como visto anteriormente, a incorporação imobiliária é modalidade contratual, criada pela Lei 4.591/1964, que se caracteriza pela obrigação que assume o incorporador de realizar, por si ou por terceiros, a construção de unidades imobiliárias em condomínio, e ao final, transmitir a propriedade de tais unidades aos respectivos adquirentes, mediante o pagamento do preço convencionado, correspondente à fração ideal do terreno e à edificação especificada no memorial de incorporação.³⁰¹

A obrigação do incorporador consiste na promoção da construção, na outorga dos contratos aos adquirentes e na constituição da propriedade, sob o regime

²⁹⁹ COTRIM NETO, A. B. Do contrato de incorporação do condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160. p. 160.

³⁰⁰ Em Pereira se lê: “É um contrato de execução sucessiva, porque, celebrado num dado momento, a prestação do incorporador não se verifica num único ato, porém mediante soluções periódicas e contínuas que somente terminam com a conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes, e as destes igualmente se escalonam no tempo”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 247.

³⁰¹ Chalhub esclarece que a incorporação pode formalizar-se “mediante a celebração de diferentes contratos (como, por exemplo, o contrato de promessa de compra e venda, o contrato de construção, entre outros), os quais, embora tenham autonomia, guardam estreita correlação uns com os outros, exercendo suas funções de maneira articulada para consecução da finalidade última da incorporação”. CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 555.

condomínial especial, mediante a especificação do condomínio no Registro de Imóveis respectivo. É como esclarece Miranda:

Às vezes o negócio jurídico constitutivo entre vivos, que faz o *estatuto real do edifício de apartamentos*, tem três períodos distintos: o do pré-contrato, e.g., promessa de compra-e-venda de cada apartamento; o da divisão e da transferência *pro indiviso* do terreno e partes comuns do edifício e *pro diviso* dos apartamentos; o da eficácia *real* daquela divisão e daquela transferência.³⁰²

Já se disse alhures que o caráter *consensual* da incorporação imobiliária retira das partes a vinculação a uma forma específica de instrumento que regule a avença. Pode, portanto, ajustar-se entre as partes por escritura pública ou compromisso particular.

Nesse contexto, explica Meirelles:

Contrato preliminar de incorporação assim como o de construção do edifício e o regulamento do condomínio podem ser feitos, como já se disse, por escritura pública ou instrumento particular, por não serem atributivos de direito real, mas devem ser registrados, para que operem efeitos em relação a terceiros e a futuros condôminos que não tenham tomado parte na convenção institucional do condomínio.³⁰³

E Gomes complementa, nesse sentido, referindo-se às características elementares do contrato de incorporação: “é (...) simplesmente consensual (...)”.³⁰⁴

Eis a lição de Cotrim Neto a respeito da caracterização do contrato de incorporação imobiliária, do qual se extrai a desnecessidade das formalidades administrativas e registrais para que se tenha as partes vinculadas uma à outra, basta a alienação de frações ideais, em condomínio, antes ou durante a edificação:

[...] será contrato de incorporação aquele pelo qual se promete vender, ou se vende, fração ideal de terreno com vinculação a unidade autônoma de edificação por construir sobre regime condomínial, na forma de projeto de construção que a autoridade administrativa aprovará, e de memorial que o descreva e será arquivado no Registro de Imóveis.³⁰⁵

³⁰² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 101.

³⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 280.

³⁰⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 448. E neste sentido, seguiu-lhe CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária: ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 193, 195.

³⁰⁵ COTRIM NETO, A. B. Do contrato de incorporação do condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160. p. 153.

Com efeito, outrossim, o contrato de incorporação é negócio jurídico complexo, que encerra a obrigação de resultado assumida pelo incorporador, a qual consiste em um *dare* e um *facere*. Para caracterizar-se contrato, depende unicamente das circunstâncias de alienar frações ideais, vinculadas a unidades condominiais autônomas, sem que para isso dependa de qualquer solenidade ou sacramentalidade.³⁰⁶

Eis a docência de Chalhub:

Articulam-se nesse negócio, assim, obrigações de dar e de fazer, que operam seus efeitos em etapas sucessivas, até a conclusão do edifício e a transferência definitiva das unidades autônomas aos respectivos adquirentes e, bem assim, a constituição do condomínio sobre as áreas de utilização comum aos condôminos, com a conseqüente averbação da construção no Registro de Imóveis.³⁰⁷

Para Meirelles, entretanto, esse ajuste deve anteceder o início das obras, para propiciar aos adquirentes o conhecimento sobre do cumprimento, pelo incorporador, de todas as formalidades administrativas (aprovação do projeto de construção, liberação de alvará de construção etc.), e permitir às partes (incorporador e adquirentes) o efetivo cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 32 da Lei 4.591/1964. Veja-se:

Este ajuste é feito no período que antecede a construção, valendo para os tomadores de apartamentos como compromisso preliminar de aquisição futura (com custeio da obra ou sem ele), e para o incorporador como promessa de construção (com financiamento ou sem ele) e de venda das unidades autônomas com o correspondente condomínio no terreno e nas áreas de utilização comum, segundo a lei 4.591, de 16.12.1964, em seus arts. 28 e ss., com as modificações posteriores, especialmente introduzidas pela Medida Provisória 2.221, de 4.9.2001.³⁰⁸

³⁰⁶ “É contrato preliminar e pessoal, de natureza complexa, no qual se reúnem obrigações de dar e fazer, que operam seus efeitos em etapas sucessivas, até a conclusão do edifício e a transferência definitiva das unidades autônomas aos seus donos e do condomínio do terreno e das áreas de utilização comum aos condôminos.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 279.

³⁰⁷ CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 556.

³⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 279. Diga-se, a respeito do tempo em que se dão as alienações das unidades condominiais, o que lecionam Azevedo e Melo: “(...) antes de começar a construir, ou durante a construção”. AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 456.

Porém, a velocidade em que ocorrem os negócios de incorporação imobiliária desfavorece a adoção de tal postura (aguardar-se o processamento dos documentos da incorporação nas repartições municipais e o prazo do Registro de Imóveis); malgrado seja benéfica e preventiva, dela se divorciam os mais afoitos, ante a lentidão com que os órgãos públicos despacham no Brasil.

Daí a relevância histórica da consensualidade para o contrato de incorporação imobiliária.

É imperioso que se observe que o contrato de incorporação não se confunde com contrato de construção. É verdade que a incorporação compreende a edificação da obra, mas não se condiciona que a construção seja realizada pelo incorporador. Assim, esse pode, por conveniência ou necessidade, atribuir a outrem o dever de realizar a construção.³⁰⁹

Relativamente à distinção entre o contrato de incorporação imobiliária (que une, de um lado, o incorporador, e de outro, os adquirentes das unidades condominiais) e o contrato de construção do edifício (que, necessariamente, pode ser entabulado sem que dele participe o incorporador), ensina Meirelles:

Neste ponto convém advertir que o *contrato de incorporação de condomínio* não se confunde com o *contrato de construção do edifício*. Aquele é a convenção que se faz entre o incorporador e os interessados na formação do condomínio para a realização do empreendimento; este é o ajuste que se realiza entre o incorporador e o construtor para o levantamento do edifício. Enquanto o *contrato de incorporação* pode ser feito entre quaisquer pessoas ou sociedades, o *contrato de construção* só pode ser firmado com *empresa construtora*, assim entendido o *engenheiro* ou o *arquiteto* registrados no CREA ou no CAU/BR, com firma individual de construção, ou *sociedade construtora* igualmente registrada no respectivo Conselho como firma coletiva de construção, de acordo com as exigências das Leis 5.194/1966 e 12.378/2011.³¹⁰

Para que a incorporação imobiliária seja executada, incorporador ou adquirentes devem eleger uma das formas legais pelas quais poderá ser edificada a

³⁰⁹ CHALHUB, Melhim Namen. *Incorporação Imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis*. Revista de Direito Imobiliário do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, São Paulo: IRIB, v. 36, n. 75, p. 167-198, jul./dez. 2013. p.167.

³¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 11. ed. Atualizada por Adilson Abreu Dallari, Daniela Libório Di Sarno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Jr. e Mariana Novis. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 281.

construção: por *empreitada*, por *administração* ou a *preço de custo*, ou por *preço global*. Essa temática é tratada no item seguinte.³¹¹

Sobre o conteúdo do contrato de incorporação, convém, ainda, o registro sobre o que já se mencionou noutra tópico (*extensão do direito de propriedade*), ou seja, que os contratos de incorporação imobiliária devem ter discriminadas as frações ideais de terreno e a construção deve ser feita (e o preço atribuído a cada uma) como determina o art. 29, *caput*,³¹² da Lei 4.591/1964 – seja qual for a forma que assuma: *compra e venda*, *promessa de venda*, *cessão de direitos* ou mesmo *permuta*. Entretanto, ainda que “tal (fração ideal) não tenha sido expressamente consignada no instrumento formalizador da operação”, será presumida a sua vinculação.³¹³

E, discorrendo Avvad a esse respeito, registra, com perceptível frustração, a necessidade de que o contrato contenha o maior número possível de informações sobre a incorporação imobiliária e a pretensão das partes relativamente a ela:

Apesar de toda regulamentação existente, ainda assim, os contratos são, via de regra, padronizados e estabelecidos sobre a forma de *contrato de adesão*, sendo muito pequena, na maioria dos empreendimentos, a margem para se discutir questões consideradas negociais.³¹⁴

Nessa senda, arrazoando sobre a legitimidade para ser incorporador, Azevedo e Melo se referem a um interessante aspecto do contrato de incorporação firmado pelo *construtor* ou pelo *corretor de imóveis* a que deve estar atento o adquirente, e que convém destacar:

Podem ser incorporadores (art. 32): (...); b) o construtor ou corretor de imóveis; (...). Na hipótese ‘b’ o incorporador não tem direito real sobre o terreno. A construção realizada é acrescida ao patrimônio do proprietário do

³¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. v. III. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 465, 466.

³¹² Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a terno a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas. *sic*

³¹³ COTRIM NETO, A. B. *Do contrato de incorporação do condomínio*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160. p. 157.

³¹⁴ AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 599.

solo (arts. 1.253 e 1.254 do CC). Então o adquirente ficaria sem proteção contra o proprietário do terreno, e o seu direito, meramente obrigacional, se resolveria em perdas e danos. Sensível ao problema, a legislação estabelece ser obrigatório o incorporador obter do proprietário, promitente comprador ou cessionário do terreno a outorga de poderes para realizar a alienação das frações ideais e os demais negócios jurídicos necessários à incorporação. A forma obrigatória é o instrumento público, indo ao encontro do art. 657 do CC, que prevê a necessidade do mandato seguir a mesma forma do ato a ser celebrado. Também é obrigatório que o instrumento de outorga de poderes mencione o direito previsto pelo § 4º do art. 35. É a previsão do direito de adjudicar compulsoriamente a propriedade o imóvel após o registro imobiliário do ajuste preliminar, com o qual surge o direito real a aquisição (art. 1.417 e 1.418 do CC) do adquirente, dotado de eficácia *erga omnes*.³¹⁵

Respeitante ao aspecto de direito real que deflui dos contratos de incorporação imobiliária, quando averbados na matrícula do imóvel da construção pelos adquirentes, coopera Cotrim Neto:

Quanto ao direito real que emerge dos contratos de compra e venda, da promessa da venda, da promessa de cessão ou da própria cessão de unidades autônomas, esse direito se cristaliza mediante o registro e tais contratos no Registro de Imóveis (art. 32, § 2º, combinado com o art. 35, § 4º, da Lei n. 4.591/1964; Lei n. 6.216, de 30.6.1975, art. 167, I, n. 18), onde anteriormente se fizera o registro da incorporação (*ex vi* do art. 32, *caput*, combinado com o art. 167, I, n. 17, da citada Lei 6.216).³¹⁶

Com os contratos averbados na matrícula do imóvel onde se erigiu a incorporação, e após o seu encerramento, com a expedição do respectivo *habite-se*, incorporador e adquirente mandarão lavrar a competente escritura pública, que será registrada, agora, na matrícula imobiliária *unitária* referente à específica unidade condominial do contrato, para efetivar o direito de propriedade em nome do respectivo adquirente.³¹⁷

2.4.1 Apontamentos sobre a Boa-Fé Objetiva e Função Social dos Contratos no Contrato de Incorporação Imobiliária

³¹⁵ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 472.

³¹⁶ COTRIM NETO, A. B. Do contrato de incorporação do condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160. p. 157.

³¹⁷ Leia-se em Meirelles: "Feita a construção, cada unidade autônoma deverá ser assinalada por uma designação numérica e averbada no Registro de Imóveis, para os efeitos de identidade e discriminação (Lei 4.591/1964, art. 44)." MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 281.

Nas anotações sobre o contexto histórico em que se inseriu a Lei 4.591/1964, foi evidenciada a desproporção de poderes existente entre incorporadores e adquirentes, potencializada em razão da ausência de regulamentação específica para a atividade de incorporação imobiliária.

Pereira, idealizador do anteprojeto que deu origem à Lei, registrou em obra editada três anos antes de ser aprovada a regulamentação, preocupação com os abusos a que estavam sujeitos os adquirentes de unidades condominiais, em incorporações residenciais e profissionais, frequentemente expostos ao apetite imoderado de empreendedores que, pela maximização dos lucros, não cessavam extrair partido da lacuna legislativa.³¹⁸

Seguiu-se a regulamentação, em momento econômico delicado, como visto, quando aumentavam, significativamente, a demanda e os investimentos privados no mercado de imóveis, tanto para a comercialização quanto para a exploração de alugueis – fato potencializado pelo crescente processo de urbanização ao longo de todo o país.³¹⁹

Afirma Chalhub que a Lei 4.591/1964 harmonizou o contrato de incorporação imobiliária com a moderna teoria contratual e definiu os parâmetros de conteúdo do negócio jurídico para coibir práticas abusivas e atender às regras contratuais de necessário equilíbrio entre as partes, incorporador e adquirentes.³²⁰

Ocorreu que, identificada, pelo legislador, a eminente vulnerabilidade do adquirente, frente ao incorporador, fazia-se necessária a intervenção da norma, na autonomia da vontade das partes, em nítido dirigismo contratual, para equilibrar a relação negocial e restabelecer a paridade entre ambas.³²¹

O compêndio de garantias que o legislador assegurou aos adquirentes, notadamente pela imposição de tão pesada formalidade, precedente ao início da

³¹⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 167.

³¹⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos* 7. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 478.

³²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 544

³²¹ Afirma Marques que “segundo a nova visão do direito, o contrato não pode mais ser considerado somente um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. Hoje, a função social do contrato, como instrumento basilar para o movimento das riquezas, e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos, exige que o contrato siga um regramento legal rigoroso. A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição de normas cogentes, que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com o fim de assegurar que o contrato cumpra a sua função social.” MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 142.

divulgação e comercialização das unidades condominiais, é exemplo da intervenção do Estado na autonomia da vontade das partes, para assegurar a função social dessa modalidade contratual.³²²

Vê-se, portanto, que a boa-fé objetiva foi privilegiada na referida Lei³²³ como um elo de colaboração entre as partes, em face do fim que objetivam,³²⁴ claramente expressa na obrigação que possui o incorporador de arquivar o memorial de incorporação no Registro de Imóveis respectivo, para não apenas permitir ao adquirente o registro de seu contrato, mas lhe assegurar que possíveis inovações no projeto a ele ofertado somente ocorram mediante a aprovação da unanimidade dos compradores inscritos no álbum registral.³²⁵

E diga-se, a respeito da boa-fé objetiva, como o dever *comutativo* que o incorporador tem para com o grupo de aderentes à incorporação imobiliária.³²⁶ Como referido anteriormente, e sacramentado por Diniz,³²⁷ o registro põe às claras as intenções do incorporador para o empreendimento. Fixação de prazo de carência, número de unidades da construção, idoneidade cadastral do incorporador, título

³²² É Mezzari, eminente Registrador de Imóveis, quem dispara severas críticas ao extenso e complexo rol de documentos que o incorporador tem de arquivar junto ao Registro de Imóveis antes de iniciar as negociações sobre as unidades condominiais. Assevera o autor que o alto custo e o longo prazo de tramitação, nos órgãos públicos, dos documentos previstos no artigo 32 da Lei 4.591/1964 têm se constituído em fato de estímulo à incorporação irregular. Incorporadores que empreendem com recursos próprios, sem financiamento bancário, são encorajados, pela excessiva formalidade da lei, a permanecerem na clandestinidade, alienando as frações ideais sem prévio registro da incorporação. MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 91, 93.

³²³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³²⁴ SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 30.

³²⁵ Por certo que, na qualificação registral do requerimento de modificação do projeto de incorporação, firmado pelo incorporador, o Registrador de Imóveis exigirá a Ata ou Escritura Pública que comprovem a unanimidade das deliberações acerca da alteração, por força do que determina o artigo 43, IV, da Lei 4.591/1964.

³²⁶ Chalhub, referindo-se ao princípio da boa-fé objetiva, assevera: “Anota Humberto Theodoro Júnior que a boa-fé objetiva se colocou *no plano objetivo do equilíbrio entre prestações e contraprestações*, e invoca os estudos de direito comparado para registrar sua importância como fator essencial no cumprimento da finalidade econômica e social do contrato; citando Judith Martins-Costa, salienta: “Afere-se o comportamento contratual a partir da boa-fé e diligência requeridas pela natureza da atividade exercitada, de tal sorte que as prestações da parte devem correspondente a ‘uma atividade quantitativa e qualitativamente normal’. Na Corte de Cassação italiana a aplicação da boa-fé objetiva tem se dado justamente pelo direcionamento à ‘conexão conceitual entre esta e a economia do contrato’. Quando, pois, se fala em boa-fé objetiva tem-se em mira o aspecto negativo, qual seja, o de reprimir ‘o emprego de uma conduta não coerente com o escopo do contrato’”. CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 550.

³²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais*. 10. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 407.

aquisitivo do terreno; todos levados a registro e franqueados aos titulares de frações ideais mediante certidão, se o requererem.³²⁸

Haddad, discorrendo sobre a função social dos contratos, afirma que o negócio jurídico deve ser concebido de forma *intersubjetiva*, a partir do reconhecimento de que seus efeitos contratuais têm potencial interferência, juridicamente sensível, nos interesses e direitos de terceiros, que não figuram como partes no contrato.³²⁹

E prossegue o citado autor, em relevante esclarecimento:

Desse reconhecimento surgem limites positivos e negativos de respeito e não interferência nos efeitos contratuais. Por um lado, os contratos não podem prejudicar a coletividade ou pessoas determinadas. Por outro, tanto a coletividade como terceiros determinados têm o dever de respeitar e não interferir indevidamente em relações contratuais alheias, lícitamente estabelecidas. A função social do contrato, nessa linha de pensamento, guardaria estreita relação com as noções de oponibilidade dos efeitos contratuais perante terceiros e de tutela externa do crédito. (...) Essas observações são de todo coerentes e pertinentes ao se pensar a função social do contrato como um princípio de direito contratual, que poderia não estar positivado.³³⁰

E o tema prossegue em Roppo, que afirma: “o contrato é a veste jurídico-formal das operações econômicas”,³³¹ e Chalhub complementa que está aí o “porque, sempre que necessário, (o contrato) adapta-se às sucessivas transformações sociais e econômicas, de acordo com as ideias dominantes em cada momento histórico.”³³²

E nesse contexto, em que a liberdade de contratar deve ser exercida coerentemente com a função social do contrato e com a boa fé objetiva, de forma que se viabilize a realização da operação econômica no interesse das partes

³²⁸ Art. 32, § 4º O Registro de Imóveis dará certidão ou fornecerá, a quem o solicitar, cópia fotostática, heliográfica, termofax, microfilmagem ou outra equivalente, dos documentos especificados neste artigo, ou autenticará cópia apresentada pela parte interessada.

³²⁹ Haddad, Luís Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27

³³⁰ Haddad, Luís Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27

³³¹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2007. p. 45.

³³² CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 545.

contratantes, mas em harmonia com o interesse social, foi que a incorporação imobiliária foi idealizada pelo legislador.³³³

A Lei 4.591/1964 adveio ao ordenamento jurídico como disciplina abalizadora de interesses e direitos muito mais abrangentes que os das partes envolvidas no negócio imobiliário; isso em razão da relevância jurídica, econômica e social da incorporação.

Como afirmou Chalhub acerca da relevância da Lei 4.591/1964, seu conteúdo instituiu complexo de normas de natureza sinalagmática, organicamente vinculadas aos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, para conferir, às partes, no contrato de incorporação imobiliária, segurança, certeza e potencial capacidade de cumprimento do objeto do negócio avençado.³³⁴

2.4.2 Formas de Execução da Incorporação Imobiliária

Já foi dito, anteriormente, que a incorporação imobiliária pode ser executada diretamente pelo incorporador, por empresa de construção civil por ele contratada ou pela contratação direta do construtor pelos adquirentes, a depender da eleição de uma das formas legais pelas quais se poderão edificar as obras: construção por *empreitada*, construção *por administração* ou *preço de custo*, ou ainda, por *preço global*.

Afirma Cotrim Neto que “não teria sido apenas o *contrato de incorporação* o único ao qual tipificaria, essa Lei n. 4.591, pois o mesmo ela faria com o *contrato de construção*.”³³⁵

E Pereira, discorrendo acerca da historicidade dos contratos de *construção* da incorporação imobiliária, esclarece:

³³³ “A realidade contratual submeteu a liberdade a critérios restritivos, estando positivada em importantes diplomas legais, como os casos das (...) incorporações imobiliárias.” CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 547.

³³⁴ “Com efeito, a Lei das Incorporações instituiu um sistema adequado às necessidades de compensação de vulnerabilidade, do adquirente de imóvel em construção, valorizando a boa fé objetiva e a função social do contrato (...).” CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 591.

³³⁵ COTRIM NETO, A. B. Do contrato de incorporação do condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160. p. 152.

A incorporação sempre se encaminhava para a construção em regime de empreitada, a que não faltou, com uma frequência que estimulava o desenvolvimento deste gênero de atividade e de negócio, e propeliu o progresso das cidades, o financiamento dos estabelecimentos bancários particulares, como ainda das autarquias de cunho previdenciário. Depois, com o curso cada vez mais veloz da inflação, surgiram dificuldades na manutenção do sistema, uma vez que o empreiteiro, não obstante disposição expressa do Código Civil, a proibir a elevação do custo da obra, ainda que haja majoração dos preços e nos valores salariais [N.A.: art. 1.246 do Código Civil de 1916], tinha de recorrer à revisão, e até por mais de uma vez, antes da entrega o edifício. As coisas de tal modo ocorreram que se tornou impossível uma previsão de custeio. E, então, marchou-se noutro rumo – o da construção, *por administração*, ou *por preço de custo*, em que o incorporador oferece a unidade e a estimativa de seu custo, o qual variará na medida das oscilações de mercado, obrigando-se o adquirente cobrir os gastos na medida em que se fizerem, mediante a atualização periódica das prestações.³³⁶

As obras de construção do empreendimento podem se dar sob três formas: *construção por empreitada*, *por administração* ou *por preço global*. E, em todas as modalidades estarão o incorporador e o construtor sujeitos à atuação fiscalizadora da comissão de representantes dos contratantes.³³⁷

A construção por empreitada³³⁸ pode se dar a *preço fixo* ou *ajustável*. Há, nessa modalidade de contrato, uma distribuição equânime dos riscos de variação do custo da edificação (materiais construtivos, mão de obra etc.).³³⁹

³³⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 287.

³³⁷ Art. 61. A Comissão de Representantes terá poderes para, em nome de todos os contratantes e na forma prevista no contrato: a) examinar os balancetes organizados pelos construtores, dos recebimentos e despesas do condomínio dos contratantes, aprová-los ou impugná-los, examinando a documentação respectiva; b) fiscalizar concorrências relativas às compras dos materiais necessários à obra ou aos serviços a ela pertinentes; c) contratar, em nome do condomínio, com qualquer condômino, modificações por êle solicitadas em sua respectiva unidade, a serem administradas pelo construtor, desde que não prejudiquem unidade de outro condômino e não estejam em desacôrdo com o parecer técnico do construtor; d) fiscalizar a arrecadação das contribuições destinadas à construção; e) exercer as demais obrigações inerentes a sua função representativa dos contratantes e fiscalizadora da construção e praticar todos os atos necessários ao funcionamento regular do condomínio. *sic*

³³⁸ Art. 55. Nas incorporações em que a construção seja feita pelo regime de empreitada, esta poderá ser a preço fixo, ou a preço reajustável por índices previamente determinados. § 1º Na empreitada a preço fixo, o preço da construção será irajustável, independentemente das variações que sofrer o custo efetivo das obras e qualquer que sejam suas causas. § 2º Na empreitada a preço reajustável, o preço fixado no contrato será reajustado na forma e nas épocas nêle expressamente previstas, em função da variação dos índices adotados, também previstos obrigatoriamente no contrato. § 3º Nos contratos de construção por empreitada, a Comissão de Representantes fiscalizará o andamento da obra e a obediência ao Projeto e às especificações exercendo as demais obrigações inerentes à sua função representativa dos contratantes e fiscalizadora da construção. § 4º Nos contratos de construção fixados sob regime de empreitada, reajustável, a Comissão de Representantes fiscalizará, também, o cálculo do reajustamento. § 5º No Contrato deverá ser mencionado o montante do orçamento atualizado da obra, calculado de acôrdo com as

As partes devem celebrar dois contratos diferentes: um que trate da alienação da fração ideal, e outro que discipline a construção, como obrigação de fazer do construtor.³⁴⁰ É comum que o incorporador, quando proprietário do terreno onde se dará a edificação, firme um primeiro contrato de compra e venda com o adquirente, referente à fração ideal do terreno, e terceirize a edificação à empresa de construção civil, que firma o respectivo contrato de *construção*.³⁴¹

A respeito dele esclarece Venosa:

Esse contrato de empreitada, que aúfer seus princípios fundamentais no contrato típico do Código Civil, embora celebrado com cada adquirente, modalidade plurilateral mencionada, integra o complexo negocial da incorporação. Dele participam todos os aderentes. Cada adquirente responsabiliza-se apenas pelo custeio de sua unidade e pela parte comum que lhe corresponde. Trata-se, portanto, de empreitada que difere do contrato tradicional, cujas normas apenas subsidiariamente são aplicadas. Anote que nesta empreitada a lei permite o reajuste o preço, em contrário ao art. 619 do Código Civil de 1916, proibindo o desfazimento unilateral do pacto, como seria possível pelo art. 623, justamente porque se trata de empreendimento coletivo. (...) Na empreitada a preço fixo, é vedado o aumento.³⁴²

Aghiarian especifica como deverá ser a atuação da Comissão de Representantes nessa modalidade contratual:

normas do inciso III, do art. 53, com base nos custos unitários referidos no art. 54, quando o preço estipulado for inferior ao mesmo. § 6º Na forma de expressa referência, os contratos de empreitada entendem-se como sendo a preço fixo. Art. 56. Em toda a publicidade ou propaganda escrita, destinada a promover a venda de incorporação com construção pelo regime de empreitada reajustável, em que conste preço, serão discriminados explicitamente o preço da fração ideal do terreno e o preço da construção, com indicação expressa da reajustabilidade. § 1º As mesmas indicações deverão constar em todos os papéis utilizados para a realização da incorporação, tais como cartas, propostas, escrituras, contratos e documentos semelhantes. § 2º Esta exigência será dispensada nos anúncios "classificados" dos jornais. Art. 57. Ao construtor que contratar, por empreitada a preço fixo, uma obra de incorporação, aplicar-se-á, no que couber o disposto nos itens II, III, IV, e VI, do art. 43.

³³⁹ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 266.

³⁴⁰ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 490.

³⁴¹ Adverte Meirelles que, em ambos os contratos, deve estar anexo o projeto de construção, em que constam as especificações da obra, e a que estão adstritos o incorporador e o construtor. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 280. Conferir, no mesmo sentido, AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 264.

³⁴² Ressalta, contudo, o autor, que: "(...) como regra geral (...) e como princípio geral, contratada a construção a preço fixo, nenhuma majoração superior aos índices de inflação pode ser admitida." VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. III. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 465.

Na modalidade construção por empreitada, a Comissão de Representantes fiscalizará o andamento da obra e a obediência ao projeto e especificações, exercendo as demais obrigações inerentes à sua função representativa dos contratantes e fiscalizadora da construção, podendo fiscalizar, também, o cálculo do ajustamento nos contratos sob regime reajustável.³⁴³

Pelo contrato de construção *por administração*, também denominado como *contrato a preço de custo*,³⁴⁴ incumbirá aos adquirentes das unidades o custeio total da obra. E, nesse caso, o custo compreenderá a fração ideal do terreno e a construção.³⁴⁵

³⁴³ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 267.

³⁴⁴ Art. 58. Nas incorporações em que a construção fôr contratada pelo regime de administração, também chamado "a preço de custo", será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições: I - tôdas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção; II - tôdas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais, serão movimentadas pela forma que fôr fixada no contrato. Art. 59. No regime de construção por administração, será obrigatório constar do respectivo contrato o montante do orçamento do custo da obra, elaborado com estrita observância dos critérios e normas referidos no inciso II, do art. 53 e a data em que se iniciará efetivamente a obra. § 1º Nos contratos lavrados até o término das fundações, êste montante não poderá ser inferior ao da estimativa atualizada, a que se refere o § 3º, do art. 54. § 2º Nos contratos celebrados após o término das fundações, êste montante não poderá ser inferior à última revisão efetivada na forma do artigo seguinte. § 3º As transferências e sub-rogações do contrato, em qualquer fase da obra, aplicar-se-á o disposto neste artigo. Art. 60. As revisões da estimativa de custo da obra serão efetuadas, pelo menos semestralmente, em comum entre a Comissão de Representantes e o construtor. O contrato poderá estipular que, em função das necessidades da obra sejam alteráveis os esquemas de contribuições quanto ao total, ao número, ao valor e à distribuição no tempo das prestações. Parágrafo único. Em caso de majoração de prestações, o nôvo esquema deverá ser comunicado aos contratantes, com antecedência mínima de 45 dias da data em que deverão ser efetuados os depósitos das primeiras prestações alteradas. Art. 61. A Comissão de Representantes terá poderes para, em nome de todos os contratantes e na forma prevista no contrato: a) examinar os balancetes organizados pelos construtores, dos recebimentos e despesas do condomínio dos contratantes, aprová-los ou impugná-los, examinando a documentação respectiva; b) fiscalizar concorrências relativas às compras dos materiais necessários à obra ou aos serviços a ela pertinentes; c) contratar, em nome do condomínio, com qualquer condômino, modificações por êle solicitadas em sua respectiva unidade, a serem administradas pelo construtor, desde que não prejudiquem unidade de outro condômino e não estejam em desacôrdo com o parecer técnico do construtor; d) fiscalizar a arrecadação das contribuições destinadas à construção; e) exercer as demais obrigações inerentes a sua função representativa dos contratantes e fiscalizadora da construção e praticar todos os atos necessários ao funcionamento regular do condomínio. Art. 62. Em tôda publicidade ou propaganda escrita destinada a promover a venda de incorporação com construção pelo regime de administração em que conste preço, serão discriminados explicitamente o preço da fração ideal de terreno e o montante do orçamento atualizado do custo da construção, na forma dos artigos 59 e 60, com a indicação do mês a que se refere o dito orçamento e do tipo padronizado a que se vincule o mesmo. § 1º As mesmas indicações deverão constar em todos os papéis utilizados para a realização da incorporação, tais como cartas, propostas, escrituras, contratos e documentos semelhantes. § 2º Esta exigência será dispensada nos anúncios "classificados" dos jornais. *sic*

³⁴⁵ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 491.

Em regra, a remuneração paga ao construtor é calculada em percentual sobre o custo mensal.³⁴⁶ E adverte Pereira acerca do mecanismo de acompanhamento, pelos adquirentes, da regularidade das contas do construtor:

No entanto, neste contrato, a lei acautela os adquirentes contra a malversação de suas economias, determinando que as faturas, as duplicatas, os recibos e quaisquer outros documentos sejam emitidos em nome do condomínio dos adquirentes, para o que se torna desde logo necessário identifica-los.³⁴⁷

Venosa, a respeito dessa modalidade contratual, elucida que:

As parcelas são rateadas entre os aderentes na proporção de cada unidade autônoma. É o sistema adotado com maior generalidade, pois apresenta vantagens nas épocas de recrudescimento inflacionário. Nesse diapasão, não caberá em princípio responsabilidade ao incorporador pela paralização ou esmorecimento das obras devido à falta de numerário.³⁴⁸

É necessário registrar que as revisões das planilhas de custo estimado para a conclusão das obras devem ser revistas a cada seis meses, e as alterações no preço das prestações mensais devem ser comunicadas aos adquirentes com antecedência mínima de quarenta e cinco dias. Dessa forma, acrescenta Aghiarian, inclusive acerca da atuação da Comissão de Representantes:

As revisões de estimativa de custo da obra serão efetuadas, pelo menos, semestralmente, em conjunto com a Comissão de Representantes e pelo construtor. O contrato poderá estipular que, em função das necessidades da obra, sejam alteráveis os esquemas de contribuições quanto ao total, ao número, ao valor e à distribuição no tempo das prestações (artigo 60). Havendo majoração de prestações, o novo esquema deverá ser comunicado aos contratantes, com antecedência mínima de 45 dias da data em que deverão ser efetuados os depósitos das primeiras prestações alteradas.³⁴⁹

³⁴⁶ "(...) Identifica-se que os próprios adquirentes estipulam que arcarão com o custo total da obra e o construtor receberá um percentual ou outra forma qualquer de remuneração estipulada para remunerar sua atividade e os serviços que presta." AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 491.

³⁴⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 297.

³⁴⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. III. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 466.

³⁴⁹ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 268.

Podem, outrossim, os adquirentes contratarem a obra pelo *preço global*,³⁵⁰ cuja construção não se dará nem sob a forma de *empreitada*, nem *por administração*. Explicam Azevedo e Melo:

Neste caso, ao contrário das duas hipóteses anteriores, não ocorre a venda da fração ideal do terreno e a celebração de um contrato de construção autônomo. Passa a ser responsabilidade do incorporador realizar a construção, diretamente ou por intermédio de terceiros, para depois promover a averbação do habite-se da construção para o fim de individualizar e discriminar as unidades autônomas, permitindo a criação do condomínio edilício e a celebração do contrato definitivo de compra e venda através do qual se cumprirá o contrato promessa.³⁵¹

E complementa Venosa:

O incorporador por vender as unidades autônomas por *preço global*, não se subordinando nem ao contrato de empreitada nem ao de administração. Nessa hipótese, submete-se a mesma forma aos princípios da lei especial, sendo a modalidade descrita no art. 41 (...). Nessa hipótese, o contrato com os adquirentes será um compromisso de venda e compra de imóvel em construção.³⁵²

Não haverá, por obvio, atividade da assembleia de representantes sobre essa modalidade contratual.³⁵³

Explica Chalhub que nada impede, aos adquirentes, que contratem a edificação do empreendimento diretamente com o construtor, sem a interveniência do incorporador, e esclarece:

(...) é a modalidade que mais se ajusta ao negócio incorporação, muito comum na Bélgica, na França e na Itália, estando regulada especialmente no Código Civil Francês, no art. 1.130 e pela legislação da propriedade horizontal naquele país, bem como no Código Civil Italiano, art. 1.348, que trata da prestação de coisas futuras, a propósito do qual Pietro Perlingieri destaca o caso do construtor que vende o edifício mesmo antes de tê-lo construído.³⁵⁴

³⁵⁰ Art. 41. Quando as unidades imobiliárias forem contratadas pelo incorporador por preço global compreendendo quota de terreno e construção, inclusive com parte de pagamento após a entrega da unidade, discriminar-se-ão, no contrato, o preço da quota de terreno e o da construção.

³⁵¹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 492.

³⁵² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. III. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 466.

³⁵³ Explica Scavone Junior: “Nos casos de construção por empreitada e construção por administração estará presente uma comissão de representantes.” SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.129.

³⁵⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 179.

Em Cotrim Neto, encontra-se interessante fragmento de texto que explica que a contratação do construtor, diretamente pelos adquirentes, constitui modalidade de contrato de construção prevista no art. 48 da Lei 4.591/1964.³⁵⁵ Leia-se:

No que diz respeito à construção objeto de incorporação nos moldes da Lei n. 4.591/64, ela 'poderá estar incluída no contrato com o incorporador', ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor, ou ainda, poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração (Lei referida, art. 48, *caput*). Como se vê dos encerramentos desse preceito, nele estão previstas três maneiras de execução da obra: uma delas, a que corresponde ao desempenho do próprio incorporador; *alter*, a de contratação feita entre adquirente e construtor, sem interferências; *tertius*, a de efetivação sob o regime de empreitada ou administração que se desenvolverá nas condições que a mesma Lei de Condomínio disciplina.³⁵⁶

Eis, em Meirelles, nítida visão resumida do que apresenta a Lei 4.591/1964 acerca das modalidades contratuais acima expostas, à exceção da *por preço global*. É que esse autor adere à disciplina exposta por Cotrim Neto, que se refere à *contratação do construtor diretamente pelos adquirentes*, como modalidade de contrato de construção tipificada na Lei 4.591/1964:

Quanto à construção, tanto pode o proprietário o terreno ou o incorporador executá-la diretamente, desde que seja *firma construtora* (individual ou coletiva), ou empreitá-la com terceiro, ou mesmo com os próprios tomadores de apartamentos, ou ainda realizá-la pelo sistema de administração. Se a construção for *por empreitada*, o preço será fixo e inalterável até a conclusão da obra, segundo a regra do art. 619 do Código Civil de 2002, salvo a superveniência de fatos imprevisíveis e excepcionais que ensejem a sua revisão; se for por *administração*, do próprio incorporador ou de terceiro, o custeio da obra corre por conta dos tomadores de unidades autônomas, que suportam as oscilações de preço e demais riscos econômicos da construção. Nada impede, entretanto, que o incorporador ou terceiro financie a construção, recebendo, ao final, dos condôminos, o preço do custo da obra com acréscimos da administração e juros convencionados. Esse o sistema em voga, conhecido como *condomínio pelo preço de custo*, visto que o preço inicialmente estabelecido é de simples estimativa, sujeitando-se cada condômino a pagar, a final, o custo efetivo da construção. Se o custo exceder o estimado, os condôminos completarão o acréscido; se for inferior à estimativa inicial, o incorporador

³⁵⁵ Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

³⁵⁶ COTRIM NETO, A. B. Do contrato de incorporação do condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160. p. 157.

devolverá o que recebeu em excesso, ou reduzirá o montante ou o número das prestações, se se tratar de aquisição a prazo.³⁵⁷

Aghiarian, lado outro, enxerga nas modalidades previstas para a edificação da incorporação imobiliária apenas duas formas contratuais, e não três. E o autor toma a *contratação direta com o construtor* como forma genérica de se desenvolver a construção. Ou seja: podem as obras se desenvolver de duas formas, *sob empreitada* ou *administração*, contratadas com ou pelo incorporador, ou diretamente entre os adquirentes e o construtor, e define elementos que devem ser de menção obrigatória para ambas as modalidades contratuais. Veja-se:

A construção de imóveis, objeto da incorporação, nos moldes da lei em análise, poderá ser contratada sob a modalidade prevista de dois regimes, a saber: *o da empreitada* ou *de administração* (art. 48 da Lei 4.591/64), conforme adiante definidos, que poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou a ser diretamente entre os adquirentes e o construtor, fazendo parte integrante e complementar do contrato o projeto e o memorial descritivo das edificações (art. 1º), devendo, ainda, constar do contrato o prazo de entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação.³⁵⁸

Pereira, igualmente, vislumbrou, antes de Aghiarian, as mesmas modalidades de contrato de construção (*empreitada* ou *administração*)³⁵⁹ e os mesmos elementos de menção obrigatória, em qualquer das modalidades de eleição para a edificação da obra: *prazo de entrega, condições para eventual prorrogação, e acrescenta o custeio das ligações dos serviços públicos*:

Como um dos pontos de maior interesse para as partes é a fixação da oportunidade de conclusão das obras, do contrato de construção deverá constar a expressa menção do *prazo de entrega* e, para a eventualidade de não ser possível a sua observância rigorosa, as condições de sua ocasional prorrogação. O contrato de construção ainda mencionará, igualmente, a responsabilidade pelas despesas com as *ligações de serviços públicos*, sejam as referentes àqueles explorados diretamente pela Administração Pública, sejam os que se prestam em regime de concessão (art. 51). Não se trata de minúcia despicienda. Ao revés, o assunto merece a atenção dos

³⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 280.

³⁵⁸ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 264. Como Aghiarian, também Avvad define em apenas duas as formas legais pelas quais a incorporação pode se erigir: a *empreitada* e a *administração*. AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 597.

³⁵⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 288.

adquirentes, e a lei trouxe uma cautela razoável na exigência, porque este é um ponto de frequentes discórdias.³⁶⁰

Parece mais coerente que a concepção de Agharian melhor se adeque à realidade atual dos negócios de incorporação imobiliária, porém com o necessário acréscimo da modalidade de venda *por preço global*, considerando que, à exceção dessa derradeira modalidade, a edificação por *administração* ou empreitada, tanto pode se efetivar pelo incorporador quanto por construtor diretamente contratado pelos adquirentes.

2.5 Partes no Contrato de Incorporação Imobiliária

Como já se referiu em linhas anteriores, são duas as partes (ou sujeitos) do contrato de incorporação imobiliária; de um lado, o grupo de adquirentes; do outro, o incorporador. E ainda que esse último venha a não assinar um contrato sequer, será caracterizado como incorporador em razão do recebimento do preço, em prestações ou à vista, das propostas contendo o esquema de pagamento ou por firmar os recibos de quitação – elementos esses que, por si só, traduzem a celebração do contrato de incorporação imobiliária.³⁶¹

Bem escreve Chalhub³⁶², que afirma que há na incorporação imobiliária um eminente interesse coletivo, que desborda as relações individuais derivadas dos

³⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 287.

³⁶¹ Em Pereira se lê: "(...) Recebendo a "proposta" assinada pelo adquirente, o incorporador, via de regra, não lhe dá resposta, nem lhe apõe assinatura. Cumpre entretanto frisar que, mesmo assim, o negócio está fechado, porque o incorporador recebe importâncias do candidato, e, como a "proposta" menciona esquema de pagamento, o recibo do incorporador traduz aceitação, e o contrato está celebrado. Por ele (...) o incorporador tem o dever de promover a edificação no prazo estabelecido (...) e a dar fiel execução ao plano de construção, sem alterar o projeto, sem modificar as especificações, sem suspender os trabalhos(...)."PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade Horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 169/170

³⁶² "Aspecto de extraordinária relevância nesse contrato é o interesse coletivo, que constitui traço marcante de sua função social e que, em consequência, define seu escopo e condiciona sua funcionalidade econômica. O contrato de incorporação celebrado entre o incorporador e o adquirente exprime, efetivamente, uma relação jurídica individual, mas o escopo do contrato extravasa o limite da individualidade de cada contratante; é que a função do negócio de incorporação é comum a todos os adquirentes e tem como objeto a totalidade da edificação, e não apenas as unidades imobiliárias que constituem o objeto de cada contrato, considerado

contratos firmados entre o incorporador e cada um dos adquirentes, assim considerados individualmente. Isso porque o objeto do contrato produz seus efeitos para a comunidade dos adquirentes, e nesse ponto específico é que convergem os seus interesses, agrupando-os em sentido unitário de parte contratual.³⁶³

Foi nesse sentido que Pereira propugnou que o contrato de incorporação apresenta “de um lado, cada adquirente ou os adquirentes de unidades vinculadas a frações ideais de terreno, e de outro, o incorporador, com a qualificação obediente aos requisitos especificados.”³⁶⁴

Já foi objeto de estudo, outrossim, que esse contrato é instrumento complexo, que encerra em seu conteúdo obrigações de dar e fazer, e implica, ao incorporador, implantar o empreendimento, e aos aderentes do contrato, por consequência, o adimplemento do preço.³⁶⁵

Com efeito, incumbe conhecer quem são os que detêm legitimidade para figurar como parte, incorporador e adquirente, no contrato de incorporação imobiliária. E quais os elementos que os constituem tal.

isoladamente, daí resultando que a função do contrato de incorporação é incidível; em conseqüência, a comunidade que os adquirentes e o incorporador forma para implementar a função do contrato atribui a esse conjunto de pessoas uma feição unitária, ligando-as por um vínculo semelhante à *affectio societatis*. Afinal, os contratos coligados que são reunidos para formar o contrato de incorporação (contrato de compra e venda, contrato de construção, etc.) têm o fim comum de fazer nascer uma nova propriedade imobiliária e nesse fim comum encontram seu ponto de junção.”

³⁶³“A incorporação imobiliária tem como sujeitos, em regra, o incorporador, e os adquirentes, podendo envolver outras figuras, conforme vier a ser configurado o negócio em cada caso específico, como por exemplo, o proprietário do terreno (se for pessoa distinta do incorporador ou se o negócio do terreno se fizer mediante permuta), o construtor (se o incorporador entender de atribuir a outrem a construção), o financiador da obra, entre outros. A identificação do negócio há de decorrer da característica de cada operação, considerada com suas peculiaridades.” CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 557.

³⁶⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 249.

³⁶⁵ Em Rizzardo se acha proveitosa consideração a esse respeito: “A incorporação compreende um conjunto de ações e atos, que vai desde a formulação da ideia, a elaboração de um plano, concretizando-se em memoriais, plantas, cronogramas, desenhos, encaminhamentos administrativos, divulgações e propaganda, encaminhamento para o registro, a escolha e adequação do terreno, e o desenvolver das obras, culminando com a averbação da construção no registro de imóveis e a individualização ou discriminação do direito de propriedade, em ato de abertura de matrícula de cada unidade. Esta última culminação conduz a se oficializar o direito real que emerge da construção da unidade incidente em uma fração ideal de terreno. Tal engrenagem ou conjugação de ações e atos dirigem-se à constituição de novos direitos de propriedade.” RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 223.

Convém a discriminação dos diferentes atores da incorporação imobiliária (*proprietário do terreno, construtor, corretor de imóveis*),³⁶⁶ os quais, a depender de características peculiares de cada empreendimento, ora figurarão como incorporadores, ora como adquirentes do contrato incorporativo. É de discernir, adequadamente, à luz da Lei 4.591/1964, as figuras que compõem o contrato de incorporação, relevante nesse passo, dado “(...) o caráter plurilateral do contrato assinalado.”³⁶⁷

2.5.1 A Figura do Incorporador

Historicamente a figura do incorporador surgiu, no direito pátrio, da proliferação de edifícios em todas as grandes cidades do país. Sua atividade consistia, ora na venda das unidades habitacionais, ora na intermediação dos negócios com o proprietário do terreno, ora na administração dos recursos para o levantamento do prédio ou na representação dos adquirentes frente aos fornecedores de produtos e serviços para a obra. E, após a conclusão do edifício, era de seu mister providenciar a regularização junto aos respectivos órgãos públicos e ao Registro de Imóveis; e, por fim, entregar aos compradores o título de propriedade de suas unidades autônomas, dando por encerrado o objeto de sua contratação. Tudo isso, ao pagamento de certo lucro, previamente ajustado, calculado sobre a totalidade do negócio imobiliário.³⁶⁸

Acerca desse profissional, discorreu Miranda, em sua obra, publicada no ano de 1953:

A lei absteve-se de quaisquer regras especiais sobre a organização ou incorporação do edifício de apartamentos. O organizador, ou incorporador, pode ser pessoa individual (pessoa física) ou coletiva (pessoa jurídica), comerciante ou não, um dos comunheiros futuros, ou não, condômino do

³⁶⁶ Conferir os arts. 29 a 31 da Lei 4.591/1964.

³⁶⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. III. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 463.

³⁶⁸ Ensina Pereira: “Antes de passarmos ao estudo de sua pessoa no âmbito do direito, devemos observá-lo dentro do negócio, pois aqui temos um caso típico de atividade jurídica mobilizada no rumo de buscar disciplina a um ente que nasceu por imposição das exigências do comércio social. O incorporador existiu antes de o direito ter cogitado dele. E viveu a bem dizer na rua ou no alto dos edifícios em construção, antes de sentar-se no gabinete dos juristas ou no salão dos julgadores.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 191. Mais, acerca das reminiscências históricas deste profissional, caracterizado a partir da Lei 4.591/1964, conferir: RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 207;

terreno em que se vai construir ou não; subscritor ou não dos futuros apartamentos. O negócio jurídico em que ele figura nada tem, portanto, com os negócios jurídicos da futura comunhão, ainda quando tenha sido o incorporador quem tudo resolveu quanto ao plano, financiamento ou execução, regulamento da comunhão, distribuição do diviso e do indiviso, cláusulas de preferência, etc. Terá sido apenas um técnico, que empregou na incorporação o seu serviço (...).³⁶⁹

Nem sempre esse profissional era o dono do terreno onde se dava a construção, por isso, não podia ser chamado de vendedor; e apesar da intermediação dos negócios, suas atividades extrapolavam as do corretor; e não era mero mandatário ou gestor de negócios das partes envolvidas, pois fazia mais que simples representação. Assim, não havia uma qualificação típica que abarcasse todas as atividades que esse profissional assumia. Era, por isso, uma figura especial, peculiar, com uma função específica, para a qual, por certo tempo, não houve designação legal.³⁷⁰

Galhanone, discorrendo a respeito da historicidade do incorporador, registra que, no início, “qualquer pessoa, tendo ou não capitais, sendo ou não o proprietário do terreno, dedicava-se a esse ramo. Elaborava os planos, encomendava as plantas, fazia o lançamento, iniciava as vendas.”³⁷¹

Sabe-se, por isso, que, desde o princípio, o incorporador é o idealizador do negócio imobiliário³⁷², e sempre foi a partir de sua imaginação, esforço e boas relações comerciais que decorreu a incorporação. Por isso, o conceito que a ele

³⁶⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 80.

³⁷⁰ Ensina Caio Mario que todas as tentativas de enquadramento do incorporador nas figuras profissionais clássicas à época falharam; e exemplifica: “Efetivamente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 1944, equiparou o incorporador ao mero corretor de imóveis, acrescentando que nenhuma responsabilidade advém dos contratos que firma, porque “traduzem simples promessas”, salvo no caso de se ter pessoalmente obrigado. Ao mesmo tempo, em voto vencido lançado ao pé desse aresto, o des. SABÓIA LIMA esclarece, e bem, que o incorporador não é um simples corretor, mas uma figura que é necessário bem focalizar, pois da sua honestidade e exatidão no cumprimento das obrigações depende a estabilidade dos negócios de apartamentos. Sustenta que é responsável perante as pessoas com quem tratar, responsável especialmente perante o grupo dos interessados pela real existência dos negócios correlatos, verdadeira chave do empreendimento. E como efetua uma intermediação lucrativa, dever ter esclarecidas as suas responsabilidades.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 150/154.

³⁷¹ GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-64. p. 48.

³⁷² “O incorporador é o elemento realizador do condomínio, donde lhe advém a designação, por analogia com o organizador das sociedades.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 279.

mais se lhe afeição, e veio a receber guarida legal,³⁷³ o discerniu, em resumo, como “a pessoa natural ou jurídica que promove a construção de edificação composta de unidades autônomas para a sua alienação total ou parcial”.³⁷⁴

Pode o incorporador imobiliário assumir papéis diferentes na incorporação imobiliária, e ao longo da edificação do empreendimento, desempenhar atividades distintas, voltadas ora à realização das obras, ora à alienação das unidades condominiais, ora contratando com fornecedores de materiais e serviços, etc. Sua qualidade de incorporador decorre do fato de ser a mola propulsora do empreendimento, o idealizador, o realizador da incorporação imobiliária.³⁷⁵

³⁷³ Confira-se, a esse respeito, a configuração do incorporador que dão os arts. 29, 30, 31, “a”, “b”, “c”, §1, § 3º e § 4º, e 68 da Lei 4.591/1964:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas. Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador. Art. 30. Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras. Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser: a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32; 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). 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. § 1º No caso da alínea b, o incorporador será investido, pelo proprietário de 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. § 3º Toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis, ainda que em fase subordinada a período de carência, referido no art. 34. Art. 68. Os proprietários ou titulares de direito aquisitivo, sobre as terras rurais ou os terrenos onde pretendam constituir ou mandar construir habitações isoladas para aliená-las antes de concluídas, mediante pagamento do preço a prazo, deverão, previamente, satisfazer às exigências constantes no art. 32, ficando sujeitos ao regime instituído nesta Lei para os incorporadores, no que lhes for aplicável.

³⁷⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 211.

³⁷⁵ Ouça-se Meirelles, nesse tocante: “(...) Na verdade, a figura do incorporador apresenta-se multiforme, ora mediando o negócio, ora financiando o empreendimento, ora construindo o edifício, ora adquirindo apartamentos para revenda futura – mas, em todas essas modalidades, a sua constante é ser o elemento propulsor do condomínio.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 279. Em complemento, ouça-se Rizzardo, no mesmo sentido: “É preciso notar que o elemento básico para a identificação do incorporador está na atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para

Foi Pereira quem claramente conceituou o incorporador, no intuito de desanuviar eventuais dúvidas conceituais que pudessem advir do enquadramento que lhe deu a Lei 4.591/1964. É consentânea a transcrição de suas precisas palavras a esse respeito:

Não prima pela boa técnica jurídica este quilométrico conceito. Deixando de lado, entretanto, a crítica redacional, cumpre salientar, na filosofia da Lei 4.591/64, que incorporador não é, necessariamente, um profissional que age com habitualidade. É incorporador aquele que, num dado momento, promove uma incorporação. Fosse ele incorporador profissional; exercesse antes uma profissão liberal ou exercesse função pública; fosse uma pessoa física ou uma pessoa jurídica, realiza um empreendimento que consiste num dispor de um terreno dividido em frações ideais alienando as unidades em fase de construção vinculadas às frações ideais, sob regime condominial, ela é um incorporador. Não é o fato de vender unidades autônomas de que faz o incorporador. Mas a circunstância de promover a construção configurando as vinculações. Assim, se um médico, um advogado, um juiz, proprietário ou promitente comprador de um terreno, num dado momento, realizar uma edificação alienando frações ideais vinculadas a unidades autônomas, é incorporador, e, como tal, tem as responsabilidades de incorporador.³⁷⁶

Com o advento da Lei 4.591/1964, a qualidade de incorporador passou, definitivamente, a aderir-se à pessoa, natural ou jurídica, que, na prática dos atos de incorporação, independente da regularização da incorporação imobiliária junto à autoridade administrativa, ou do arquivamento de seus documentos no Registro de Imóveis da circunscrição do bem, assumia o encargo de realizar o empreendimento.³⁷⁷

O contorno jurídico desse profissional formou-se da gama de atividades por ele desempenhadas, e não do cumprimento das formalidades previstas na Lei. Sua qualidade de incorporador é resultado, pura e simplesmente, de seu agir na forma

alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (parágrafo único do art. 28 da Lei n. 4.591/1964). A execução da atividade que consistem em promover a construção de uma obra que se dividirá em unidades, para a alienação, é que domina.” RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 225.

³⁷⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 249.

³⁷⁷ “(...) De fato, o incorporador, nos termos da Lei dos Condomínios e das Incorporações, pode ser pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção e comercialização de unidades condominiais, quando proprietário do imóvel incorporável. Quando não, o incorporador atua igualmente como prestador de serviços, intermediando as negociações entre os demais sujeitos incorporativos (dono do terreno, agente financeiro, construtora).” CAMBLER, Everaldo Augusto. *Condomínio edilício, incorporação imobiliária e loteamento*. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Angélica Arruda (Coords.). *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba: Juruá, n. 2, 2007. p. 66-89. p. 236.

da Lei 4.591/1964. Tanto que Miranda, ao se referir sobre a figura do incorporador, tempos antes da promulgação da Lei 4.591/64, quando ainda pendia de conceito e regulamentação sua atividade, assim encerrou:

O que caracteriza, portanto, a incorporação é a *finalidade* do negócio jurídico, não a *composição subjetiva dele*. Tanto incorpora o que anuncia, com o terreno e o plano de construção, a futura *divisão do edifício* (já feito ou a fazer-se), de três ou mais andares, em apartamentos de pelo menos três peças, quanto aquele que não tem terreno, anuncia o plano, munido de opção de compra, e recebe as prestações dos futuros adquirentes para adquirir o terreno e iniciar a construção. É fácil imaginar-se a imensidade de variantes entre os dois tipos e a riqueza de combinações possíveis, não sem certo risco para os que se guiam somente pelos anúncios dos incorporadores.³⁷⁸

Significa que a qualificação do incorporador está vinculada a uma construção, indispensavelmente; tanto que é presumida a sua existência sempre que houver alienação de frações ideais de terrenos. Quer seja o proprietário, ou titular de direitos contratuais sobre o imóvel em que se instituirá o condomínio, o construtor que levará a obra a cabo, ou o corretor de imóveis responsável pela intermediação dos negócios, se praticarem os atos previstos no artigo 29 da Lei 4.591/1964, assumirão a qualidade de incorporador, por derivação legal.³⁷⁹

Já se referiu à exaustão, mas convém repisar a ideia: qualquer pessoa, desde que juridicamente capaz, pode apropriar-se da qualidade de incorporador, pois não se lhe exige qualquer habilitação específica para tanto. Avvad explica que as condições para sua caracterização são meramente objetivas, e decorrem da redação do artigo 29 da Lei 4.591/1964.³⁸⁰

³⁷⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 81.

³⁷⁹ “Importa, genérica e amplamente, a atividade de incorporação, aquela que “meramente aceita propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas” (artigo 29). Considera-se começada a incorporação pela venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de cota ideal de terreno vinculada a projeto de construção, ou o contrato de construção assinado pelo incorporador, ou por adquirente. A vinculação das partes decorrerá da simples proposta, da proposição do negócio, através apenas da publicidade; tornando o negócio para o adquirente, como irrevogável, sem prejuízo de responsabilização do incorporador.” AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 253.

³⁸⁰ “É isso que se deduz do disposto no parágrafo único do art. 29 e, também, nos dispositivos subsequentes, de onde resulta clara a *mens legis*, buscando destacar, dentre as inúmeras atribuições que possam competir a quem exerce a incorporação, aquelas atividades específicas que, uma vez desempenhadas, resultam no enquadramento do agente como incorporador em face da lei, já agora sim classificados por critérios meramente objetivos.” AVVAD, Pedro Elias. *Direito*

Em complemento, tem-se na docência de Meirelles, o esclarecimento:

Pode o incorporador ser o próprio dono do terreno, mas geralmente é o terceiro compromissário comprador ou simples titular de opção de compra e venda – que procura os interessados na aquisição de apartamentos; com eles combina o empreendimento, obtém os recursos financeiros necessários, contrata a construção e, a final, concretiza o negócio simultaneamente com o proprietário do terreno, com os tomadores de apartamentos, com o financiador da obra e com o construtor (...).³⁸¹

Por certo, o incorporador pode ser pessoa física ou jurídica que, no exercício de suas atividades na construção civil, assume, mesmo sem que pretenda, as características privativas do incorporador, nos termos da Lei 4.591/1964. É desnecessária qualquer habilitação especial para a sua configuração – a esse profissional basta a atividade.³⁸²

Seja ou não o proprietário do terreno; possua ou não frações ideais da edificação em avença; se as atividades desempenhadas são dirigidas à alienação de unidades em condomínio, antes da conclusão das obras, qualifica-se a pessoa como incorporador.³⁸³

Já foi dito que a Lei 4.591/1964³⁸⁴ preceitua que outros, ainda, poderão assumir a condição de *incorporador*, a saber: o proprietário do imóvel (o promitente comprado ou o cessionário de direitos deste), o corretor de imóveis e o construtor – os quais se submeterão às mesmas responsabilidades estabelecidas na Lei.³⁸⁵

imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 582.

³⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 279.

³⁸² Bem menciona Avvad acerca dessa disciplina: "(...) qualquer pessoa pode se tornar incorporador, porquanto essa não é das atividades para as quais a lei exige habilitação especial, como é caso do exercício da medicina, da engenharia, ou mesmo para pilotar um avião. Basta ao indivíduo – que se disponha a tanto e possua recursos ou crédito suficientes para realizar o empreendimento – tomar a iniciativa e fazê-lo. (...) Algumas dessas atividades são características, ou melhor, privativas do incorporador e talvez por isso, denunciadoras da atividade da incorporação. Isso pode ocorrer quando o agente, que não tenha planejado promover a incorporação imobiliária, acaba por praticar um desses atos que distinguem a atividade, como seja, alienação de alguma unidade destinada a integrar um condomínio, antes de concluída a construção, mesmo que o objetivo inicial fosse a venda de imóveis prontos." AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário*: teoria geral e negócios imobiliários. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 582, 583.

³⁸³ "(...) Pessoa física ou jurídica, comerciante ou não comerciante, o incorporador se caracteriza pela sua atividade (...)." PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 204.

³⁸⁴ Conferir arts. 29, 30 e 31 da Lei 4.591/1964, cuja redação já foi objeto de citação.

³⁸⁵ Venosa traz significativa contribuição para a compreensão dessa pauta: "Conforme o citado art. 29, o incorporador pode ser pessoa física ou jurídica, comerciante ou não. Os empreendimentos atuais exigem grande cabedal de experiência e estrutura que praticamente alijam a pessoa natural. Ao art. 31 do diploma apresenta *numerus clausus* para a figura do incorporador,

No que tange à qualidade de incorporador estendida ao proprietário do terreno, convém o registro de Chaves de que, até o advento da Lei 4.591/1964, o dono do lote não detinha nenhuma vinculação – com a sorte do empreendimento. Se malograda a incorporação, era possível até a retomada o imóvel, com as respectivas acessões edificadas pelos adquirentes, a quem remanesce apenas a via reparatória em face do incorporador. Todavia, com o advento da Lei, o proprietário do terreno passou a ter a mesma responsabilidade do incorporador pelo sucesso das obras.³⁸⁶

Contudo, é imperioso ressaltar que, na hipótese desse participante do contrato não assumir a qualidade de incorporador, será considerado adquirente, como os demais. Na docência de Rizzardo, assim ocorrerá se o proprietário transferir ao incorporador a propriedade integral do terreno, para dele receber, ao final, certo número de unidades em pagamento pelo lote.³⁸⁷

Isso desde que o proprietário do terreno não se incumba da outorga final das frações ideais aos adquirentes, sendo ele promitente vendedor ao incorporador. E não será incorporador desde que já tenha com ele negociado a venda definitiva do imóvel.³⁸⁸

estabelecendo que a iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, *que somente poderá ser*: o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título suficiente ali descrito e o construtor.” VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. III. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 463.

³⁸⁶ CHAVES, Antonio. Incorporação imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 204-242. p. 226.

³⁸⁷ Destaca o jurista: “(...) Mas, é necessário distinguir a hipótese em que ele transfere integralmente a propriedade para o incorporador, em contrato no qual se pactua que o pagamento se faz mediante a entrega de certa quantidade de área a ser construída. Lavra-se uma escritura pública de transferência. Posteriormente, o incorporador lhe transmitirá a fração ideal, com a área construída, que lhe corresponde. Nessa situação, o proprietário não figurará como parte.” RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 225.

³⁸⁸ Ouça-se, a esse respeito, a docência de Chalhuh: “(...) a) o incorporador torna-se proprietário pleno do terreno (...), usualmente celebra contrato de promessa de venda com o adquirente e, assim, os sujeitos do negócio serão apenas esses: o incorporador e os adquirentes; b) o incorporador torna-se titular dos direitos aquisitivos sobre o terreno mediante promessa de compra e venda, com pagamento parcelado (...); nesse caso, serão sujeitos do negócio jurídico o proprietário do terreno (que, no caso, é que está legitimado a transmitir ao adquirente o domínio sobre a fração ideal do terreno), o incorporador (na qualidade de incorporador e, também, na qualidade de cedente dos direitos aquisitivos sobre a fração ideal do terreno) e o adquirente;” CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 558.

O proprietário do lote terá firmado com o incorporador contrato de permuta do terreno por unidades condominiais, como previsto no artigo 39 da Lei 4.591/1964.³⁸⁹ Desse modo, será parte, como os demais adquirentes, no contrato de incorporação imobiliária.³⁹⁰

Exceção também se aplica ao construtor quando apenas se responsabiliza pela feitura das obras, sem guardar qualquer vinculação com o empreendimento. Quando o incorporador ou os próprios adquirentes se valem do construtor apenas para realizar a edificação do condomínio, e este não participa dos portfólios de divulgação da incorporação e não se associa ao incorporador, sua participação no empreendimento é pontual e não implicará a prática dos atos discriminados na Lei 4.591/1964 – razão pela qual não será qualificado como incorporador.³⁹¹

³⁸⁹ “A qualificação do acordo, em suma, é de permuta, sob condição suspensiva em relação à unidade. A troca foi feita, embora sem produzir todos os seus efeitos, imediatamente.” AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 478.

³⁹⁰ Cite-se, a esse respeito, julgado do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em que deixa clara a condição de mero adquirente do proprietário de terreno dado em pagamento por unidade condominial em incorporação imobiliária: DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO. PERMUTA NO LOCAL. PROPRIETÁRIO DO TERRENO E CONDÔMINOS. EQUIPARAÇÃO. RESCISÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO. INDENIZAÇÃO. LIMITES. VANTAGEM FINANCEIRA AUFERIDA PELO PROPRIETÁRIO DO TERRENO. - nem sempre o proprietário do terreno incorporado participa ativamente da incorporação, como incorporador. Este, não raro, firma compromisso de compra e venda com o proprietário do imóvel, assumindo a obrigação de efetuar o pagamento do preço, no todo ou em parte, com unidades do empreendimento, modalidade que encontra previsão no art. 39 da Lei nº 4.591/64 e que é denominada de “permuta no local”. - Nessa circunstância, o proprietário do terreno assumirá o status jurídico de mero condômino, em igualdade de condições com qualquer outro adquirente de unidades da incorporação. A figura do proprietário do terreno se equipara à do consumidor, nos termos do art. 2º do CDC, tendo o incorporador como fornecedor. O dono do imóvel só difere dos demais adquirentes porque paga sua unidade autônoma com o próprio terreno no qual foi erguido o empreendimento, mas tal circunstância não tem o condão de desvirtuar a relação de consumo. - A natureza da relação entre o proprietário do terreno e os demais adquirentes, contudo, não é de consumo, mas civil, tanto na conclusão regular do empreendimento – quando serão todos condôminos – quanto na rescisão do contrato de alienação do terreno – hipótese em que surgirá para o seu proprietário uma obrigação de reparação civil, visando a evitar o seu enriquecimento sem causa. - O dever de indenização previsto no art. 40 da Lei nº 4.591/64 deve limitar-se à vantagem financeira auferida pelo proprietário do terreno, a qual não se confunde com o valor integral pago pelos demais adquirentes à incorporadora. - Na prática, considerando que todas as unidades do empreendimento sejam de igual valor, deve se apurar o custo total da edificação, dividindo-o pelo número total de adquirentes, excluído o proprietário do terreno. O resultado encontrado corresponderá ao valor da parcela de construção adicionado à unidade por cada adquirente. Recurso especial não conhecido. (REsp 686.198/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 01/02/2008, p. 1).

³⁹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. III. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 463. Porém, veja-se, em sentido diverso, a docência de Chalhub, que entende que o construtor será incorporador desde que o incorporador entenda por bem atribuir a construção a outrem. CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 557, 558.

Chalhub observa, outrossim, que a caracterização do corretor de imóveis e do construtor, como incorporadores, não pode ser genérica e indistinta. O que significa que a realização da obra, pelo construtor, e a divulgação do empreendimento, pelo corretor de imóveis – por si somente –, não constituem elementos suficientes para estender a essas figuras a qualidade de incorporador.³⁹²

Faz-se necessário que ambos estejam no exercício regular da profissão³⁹³ e munidos do instrumento de mandato a que se referem os artigos 31, § 1º, e 35, § 4, da Lei 4.591/1964, para que haja a vinculação de tais profissionais à qualidade de incorporadores.³⁹⁴

O tipo aberto que adotou a lei para designar o incorporador a partir de sua atividade tem fundo histórico. Adveio da dificuldade em determinar o responsável por determinado empreendimento. Desde o solo, passando pela divulgação, até a edificação. Aproveu ao legislador prever a atividade como discriminadora da qualidade de incorporador, de modo que “aquele que, de qualquer forma, concorrer para a edificação ou sua publicidade e desenvolvimento econômico estará

³⁹² Assevera Chalhub: “(...) b) o construtor, desde que investido, pelo proprietário do terreno, pelo promissário comprador e cessionário deste ou pelo promissário cessionário, de mandato por instrumento público, para o fim específico de promover os atos relativos à incorporação, devendo o mandato explicitar o direito do subscrito de fração ideal de averbar o documento de ajuste preliminar. c) o corretor de imóveis, desde que, igualmente, investido dos poderes referidos na alínea anterior. CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 559. Nesse mesmo sentido, conferir: AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 255.

³⁹³ Devidamente inscritos Conselho Regional de Engenharia (CREA) e no Conselho Regional de Corretores de Imóveis (CRECI), como menciona Rizzardo: “(...) o construtor e o corretor de imóveis, desde que se encontrem no exercício regular da profissão, e estejam investidos, pelo proprietário do terreno, promitente comprador e cessionário deste, ou promitente cessionário dos direitos à aquisição, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção da Lei 4.591/1964 e se transcreva o disposto no § 4º ao seu artigo 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais do terreno, e conste, também, que se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador (§ 1º, art. 31). RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 211. No mesmo sentido, conferir: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 281.

³⁹⁴ Conferir: “Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser: b) o construtor ou o corretor de imóveis; b) o construtor;” e, também: “Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32. (...) § 4º Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o § 1º do art. 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no caput deste artigo, nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o consequente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.”

enquadrado e terá responsabilidade sob os ditames procedimentais, civis-administrativos-criminais, da lei em comento”.³⁹⁵

Miranda, em obra sobre o direito predial, datada de 1953, já se referia ao tema da irregularidade. Naquele tempo, antes da vigência da Lei 4.591/1964, o incorporador que, negociando sobre terreno alheio, do qual não tinha propriedade, promessa de venda, cessão de promessa, negociava diretamente as frações ideais. Profetizava o autor a imperiosa responsabilidade do incorporador, face aos adquirentes de unidades condominiais.³⁹⁶

Esse era o objetivo do legislador, conferir a máxima segurança aos adquirentes de unidades em incorporação imobiliária, “tantas vezes vítimas inermes de “arreglos” e trapaças.”³⁹⁷

Pereira também tratou da aplicação da Lei 4.591/1964 à incorporação imobiliária irregular, objetivamente, reconhecendo na falta de registro imobiliário infração administrativa, tão somente incapaz, portanto, de descaracterizar o incorporador.³⁹⁸

Avvad, como Pereira, explica que, ao incorporador *irregular* (a quem denomina *incorporador passivo*), a lei atribuiu as responsabilidades e ônus legais, dela decorrentes, derivadas da simples prática dos atos que caracterizam a atividade incorporativa, independentemente do cumprimento das formalidades

³⁹⁵ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 252.

Em sua obra *Propriedade horizontal*, Caio Mario discorre a esse respeito: “Tem-nos com efeito impressionado a omissão do poder público, neste assunto tão preso à economia popular, em que são tão frequentes os abusos. À Justiça não faltou a preocupação de tornar efetiva a responsabilidade. O que lhe falta é o aparelho coercitivo legal”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 167.

³⁹⁶ “Principalmente livre-mo-nos de pensar, como o acórdão, que o incorporador não responda *sempre* pela efetivação do negócio, pois, se é promitente, como de ordinário acontece, a sua responsabilidade, ainda no caso de venda de terreno alheio, é completa.” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 83.

³⁹⁷ Afirma Chaves, em excepcional parecer sobre a incorporação imobiliária, que “a lei vincula o proprietário à sorte do empreendimento, de modo a desencorajar concessões meramente especulativas, uma vez que sua responsabilidade fica diretamente ligada.” E complementa, com clareza: “toda a regulamentação legal objetiva, em última análise, protege os adquirentes das unidades isoladas, tantas vezes vítimas inermes de “arreglos” e trapaças.” CHAVES, Antonio. Incorporação imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 204-242. p. 203-242. p. 226.

³⁹⁸ Pereira, que de forma profunda se dispôs a estudar e sistematizar o contrato de incorporação imobiliária, ao se referir sobre a irregularidade registral asseverou: “A responsabilidade pela incorporação, ainda que sem registro, está contemplada, mesmo de maneira indireta, no parágrafo único do art. 29 e, assim, mesmo sem arquivar o Memorial de Incorporação, o incorporador responde objetivamente pela consecução do negócio, devendo indenizar os prejuízos que causar aos adquirentes, independentemente de culpa.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 279.

legais; “é o que se deduz da análise conjunta de alguns dispositivos, como os arts. 29, 30 e 32, em face dos atos sujeitos às penalidades previstas nos arts. 65 e 66”.³⁹⁹

E não foi diferente a qualificação do incorporador no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que aponta, no mesmo sentido, o que anteriormente se escreveu; atrai para si os atributos de incorporador o profissional que pratica as atividades a ele respectivas, sujeitando-se à lei da incorporação imobiliária, independentemente de qualquer formalidade para tanto.⁴⁰⁰

Marques explica que a disciplina jurídica trazida pela Lei 4.591/1964 incumbiu o incorporador de responsabilidades específicas⁴⁰¹, dada a relevância social de sua atividade. Por isso, muitos incorporadores deixaram de cumprir as formalidades constantes na norma citada, a fim de elidir a sua aplicação e, com isso, livrarem-se das cominações civis e criminais ali contidas. Contudo, o tipo aberto da norma deu ensejo a entendimento jurisprudencial já consolidado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que atribui a qualidade de incorporador a todos quantos praticarem as atividades constantes no artigo 29 da Lei 4.591/1964.

Neste sentido destaco a orientação da 4.^a Turma do STJ, que me parece basilar neste setor: a omissão do incorporador não deve constituir estímulo ou vantagem para ele, de modo a fazê-lo perder sua qualidade de

³⁹⁹ Explica citado autor: “Até aqui estivemos nos referindo ao agente que assume, perante a lei, a qualidade de incorporador, ou seja, tendo satisfeito as exigências legais, sujeita-se não só às obrigações que lhe são atribuídas, mas, também, ao se lhe reconhecer as qualidades, são conferidos todos os direitos e vantagens decorrentes da lei e do exercício a atividade. Há, porém, aqueles que se tornam passíveis, tão somente, dos ônus e das responsabilidades. É o caso de quem, sem satisfazer os requisitos legais, pratica os atos que, segundo a própria lei, são característicos do exercício da atividade e identificam o agente como incorporador passivo. Nesse caso, embora sem as prerrogativas do incorporador, tal como reconhecido aquele que cumpriu a lei, o sujeito passivo incorre em todas as responsabilidades e penalidades estabelecidas para a prática irregular da atividade em causa.” AVVAD. Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 583.

⁴⁰⁰ Extraí-se de Marques, vigoroso levantamento jurisprudencial, do Superior Tribunal de Justiça, que evidencia a autonomia dos pré-contratos de incorporações imobiliárias, não registrados no ofício imobiliário, dotados de força executiva e de conteúdo jurídico próprio dos artigos 28 e 29 da Lei 4.591/1964. Cita, com ênfase, os seguintes acórdãos: REsp 2.972-0/GO, j. 23.03.1993; REsp 156.771/RJ, 3^a T., rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 04.03.1999; REsp 243.968/SP, 4^a T., rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 02.03.2000; REsp 181.509/SP, 4^a T., rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 08.02.2000. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 469.

⁴⁰¹ Apesar de tais obrigações constituírem objeto de item específico deste escrito, destacam-se as seguintes responsabilidades: registro obrigatório do memorial da incorporação, antes de iniciada a oferta do empreendimento; impossibilidade de reajuste do preço na empreitada a preço fixo e na venda por preço global; cumprimento estrito do projeto de incorporação ofertado aos adquirentes; prestação de contas à comissão de representantes; impossibilidade de alteração unilateral do projeto de incorporação, dentre outras.

incorporador e exonerá-lo de seus deveres e responsabilidades decorrentes da Lei (especial e do CDC) e do contrato.⁴⁰²

Já se referiu alhures que o escopo deste escrito consiste em demonstrar que, a toda evidência, o direito fundamental de propriedade atribuí ao subscritor de fração ideal em incorporação irregular a garantia da inalterabilidade do projeto de incorporação imobiliária, mormente no tocante às frações ideais contratadas, sem o consentimento unânime dos adquirentes.

Nesse contexto, em harmonia com o que se referiu a respeito da submissão do *incorporador irregular* às responsabilidades contidas na Lei 4.591/1964, e o eminente caráter patrimonial do direito contratual do adquirente, urge o destaque à opinião de Aghiarian, cuja transcrição é imperiosa:

Como se sabe, a simples entrega do contrato padrão já traz, em si, por parte do proponente, sua vinculação restrita e seu consentimento tácito (CC artigo 427, CDC artigo 30, salvo artigo 430). Não obstante pessoal o direito do adquirente, desprovido de registro junto ao RI, o seu contrato, gera mesmo, em face do proponente-empendedor, negócio irretratável, definitivo, salvo pela ocorrência da própria inviabilidade do empreendimento ou outra causa justificadora posterior, prevista no contrato. Para terceiro, entretanto, somente se conceberá com o registro, com natureza de promessa de venda, se poderá conceber o direito do adquirente como direito real, seguindo a regra comum da propriedade imobiliária.⁴⁰³

Desse modo, é forçoso se registre que mesmo que o incorporador não conste de nenhum contrato, ainda que não aponha sua assinatura em nenhum documento da incorporação, e que aja exclusivamente em nome dos adquirentes, mesmo sem mandato instrumentalizado, ainda assim será incorporador, e estará sujeito à égide da Lei 4.591/1964, que rege a pessoa física ou jurídica que praticar atos de incorporador, tal como prescrito na lei.⁴⁰⁴

⁴⁰² MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 468.

⁴⁰³ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 254.

⁴⁰⁴ Pereira, ao discorrer sobre as atividades exercidas pelo incorporador, as descreve como próprias do corretor de imóveis e do mandatário, e esclarece que os Tribunais assim o caracterizavam, contudo, sem uniformidade. Ressalta, porém, que os elementos caracterizadores do mandatário e do corretor de imóveis, eram insuficientes para o delineamento de todas as atividades exercidas para o sucesso da incorporação imobiliária. Por isso, era necessária uma definição específica, fundada nas muitas atividades por ele praticadas, que nem sempre consistiam na sua vinculação direta com o contrato de incorporação. Muitas das vezes, o incorporador vinculava os adquirentes ao proprietário do terreno, em contratos de aquisição de fração ideal; vinculava os adquirentes das frações aos fornecedores de produtos e serviços para a edificação; porém, não apunha sua assinatura em nenhum dos instrumentos; ou apenas nos recibos de recebimento das prestações

2.5.2 Apontamentos sobre as Obrigações Gerais do Incorporador

O que já se viu sobre o incorporador permite concluir que sua atuação é determinante para o sucesso ou fracasso do negócio imobiliário. Por isso, é consentâneo que sobre ele recaiam todas as responsabilidades e ônus pela construção que idealizou, sejam elas de natureza cível, tributária, administrativa, ambiental e até criminal. E desde as primeiras linhas doutrinárias a respeito dele, quando nem havia sobre ele qualificação legal, os juristas já o concebiam assim.⁴⁰⁵

Com efeito, ao tempo em que as edificações em condomínio cresciam ao longo de todo o país, à margem de regulamentação específica, muitos empreendedores migraram seus investimentos para o mercado de imóveis, destinados à compra e venda. O aumento da demanda por unidades para comercialização atraiu, para o setor, investidores mal-intencionados, cujo propósito consistia em se aproveitar das boas oportunidades disponíveis, sem nada terem a empenhar em garantia de eventuais prejuízos aos adquirentes.⁴⁰⁶

mensais dos adquirentes, os quais, por sua vez, eram firmados em nome do proprietário do lote. Por isso, esclarece o autor que a vinculação contratual do incorporador, com os adquirentes no contrato de incorporação, é dispensável para a sua qualificação, e submissão aos ditames da Lei 4.591/1964. Conferir PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 151. E, no mesmo sentido, é a redação de Mezzari: "(...) Para caracterizar a atividade do incorporador, ter-se-á presente a intenção de, antes ou no curso da obra, alienar frações ideais do terreno vinculadas a unidades futuras, fazendo disso uma atividade empresarial." MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 88.

⁴⁰⁵ Pereira registra que a falta de qualificação legal a esse profissional fez com o que os juristas buscassem "uma entidade que se lhe aproximasse nas funções." E acabaram por encontrar o *fundador* ou *incorporador* da sociedade anônima, a quem "tal qual o incorporador do edifício de apartamento é o pai da ideia de sua criação (...)" E porque, nessa qualidade age *in nomine suo* e por direito próprio, em vista dos altos riscos e lucros inerentes à atividade, como o fundador da S.A, devia suportar os ônus do empreendimento, respondendo pessoalmente, e com o empenho de seus bens particulares, pelos prejuízos causados aos promitentes compradores, tal qual aos tomadores de ações. Conferir em: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 164. Conferir, no mesmo sentido, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 83.

⁴⁰⁶ Exemplificativamente, registra Silva Filho: "O mau incorporador, irresponsável e incoseqüente, tratou de imprimir ao empreendimento feição propícia e cogitou, então, de 'armar as incorporações' (...) contratando não em seu próprio nome, porém no dos adquirentes, e saindo às pressas, antes que a espiral inflacionária se agravasse, encurtando os recursos e suscitando os desentendimentos." SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 314-343. p. 316.

Ante o vácuo legislativo, em que grassava a insegurança jurídica,⁴⁰⁷ sobreveio a Lei 4.591/1964, com a finalidade de disciplinar a atividade incorporativa e sistematizar as responsabilidades das partes e as suas garantias no negócio jurídico da incorporação imobiliária.

Assim, deve o incorporador ater-se às obrigações legais que lhe são peculiares, elencadas entre os arts. 32 e 47 da Lei 4.591/1964, para que sua atividade outorgue, a todos quantos com ele contratarem, a necessária segurança jurídica, consentânea a negócios dessa magnitude, e seja, por fim, vocacionada para o êxito.⁴⁰⁸

A primeira e mais importante obrigação que possui o incorporador está contida no artigo 32 da Lei 4.591/1964,⁴⁰⁹ e se refere à regularidade formal da

⁴⁰⁷ Comenta Galhanone que “enquanto o contrato de incorporação permaneceu sem definição, no campo do Direito, porque inominado, inexistiu segurança nos pronunciamentos judiciais a respeito. E o incorporador chegou, mesmo, a ser equiparado a simples corretor (...).” GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-64. p. 52.

⁴⁰⁸ Galhanone, em artigo publicado no ano de 1981, criticou a regulamentação das responsabilidades do incorporador, considerando, à época, serem brandas, a lei e a doutrina, no tocante à definição de suas responsabilidades para com os adquirentes: “O contrato de incorporação era atípico até o advento da Lei 4.591 de 16.12.64. Essa lei definiu-o, delimitou-o e regulamentou-o. Contudo, “data maxima venia” e, em que pese ser o fruto do labor do ilustre Prof. Caio Mario da Silva Pereira, foi muito tímida no que tange à atribuição de responsabilidades ao incorporador. Na verdade, a este, a quem também a doutrina não tem dispensado seguro enquadramento, deixou de dar melhor definição de responsabilidades. GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-64. p. 44.

⁴⁰⁹ Art. 32. 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 de 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; b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativamente ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador; c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros; 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; f) certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular de direitos sobre o terreno for responsável pela arrecadação das respectivas contribuições; g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei; h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do art. 53 com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra; i) discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão; j) minuta da futura Convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações; l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do art. 39; m) certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do artigo 31; n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34); o) atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de

incorporação imobiliária. Expressa-se pela necessidade de arquivamento de certo número de documentos da incorporação no Registro de Imóveis da circunscrição imobiliária do bem junto à matrícula imobiliária do terreno em que serão realizadas as obras – providência que deve anteceder quaisquer atos de divulgação e comercialização das unidades condominiais.⁴¹⁰

A finalidade dessa obrigação é tornar públicos, *erga omnes*, os documentos referentes à incorporação, e a respeito deles extrair segurança jurídica a partir da qualificação registral realizada pelo oficial imobiliário.⁴¹¹ Trata-se de conferir autenticidade às informações e documentos da incorporação, colocando-os sob a guarda do registrador de imóveis⁴¹².

cinco anos. p) declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos. § 1º A documentação referida neste artigo, após o exame do Oficial de Registro de Imóveis, será arquivada em cartório, fazendo-se o competente registro.”

⁴¹⁰ Acerca de tal exigência, registra Cotrim Neto: “Claro está que o diploma em referência, impõe muitas providências a serem tomadas pelo incorporador, a maioria delas enunciadas no artigo 32 (...).” COTRIM NETO, A. B. Do contrato de incorporação do condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160. p. 153.” E Galhanone complementa: “A exigência era realmente indispensável, mesmo porque a documentação em apreço é aquela que bem define o empreendimento, indicando de forma precisa a outorga dos direitos relativos ao terreno, bem como comprobatória da idoneidade do empreendedor e de todo o empreendimento. Nessas condições, a fiscalização, no que tange ao efetivo arquivamento da documentação mencionada, deve ser rigorosa, mesmo porque essa providência legal é que importa, na verdade, a maior garantia outorgada aos adquirentes.” GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-64. p. 50.

⁴¹¹ Ao se referir ao contexto histórico que justificou a promulgação da Lei 4.591/1964, Galhanone descreve o seguinte: “Outros problemas começaram, ainda, a surgir, estes mais relacionados com a construção em si. Assim é que os adquirentes das unidades passaram a ser ludibriados nos lançamentos. No início da obra, todas as promessas eram feitas; ao final, poucas restavam cumpridas. Assim é que passaram a surgir problemas relacionados com a má construção das unidades, emprego de materiais mais ordinários, mau acabamento, falta de vagas de garagens, para todos os condôminos, em desacordo, aliás, com o ajustado contratualmente. (...) O que causa espécie é que a solução legislativa tenha custado tanto a vir a lume, mormente por se tratar de atividade econômica que, por natureza, é apta a possibilidade ofensas contra a economia popular, atingindo profundamente os interesses dos adquirentes menos precavidos.” GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-64. p. 49.

⁴¹² Por óbvio, a qualificação registral dos documentos da incorporação imobiliária obedece aos princípios de ordem pública que regem a atividade do registrador de imóveis. Além-se, especialmente, à Lei 4.591/1964, Lei 4.864/1965, Lei 6.015/1973 e às Normas Regulamentadoras dos Serviços Extrajudiciais, expedidas pelos Tribunais de Justiça de cada Estado, tendentes à complementação das leis sobre registros públicos e organização dos Serviços, no âmbito das Serventias Públicas. Se os documentos apresentados pelo incorporador não satisfazem às exigências de todos esses instrumentos normativos, é lícito ao registrador de imóveis editar nota devolutiva, em que aponta as razões de direito, devidamente fundamentada, para a recusa do registro, e indica ao incorporador os meios de suprir as irregularidades (artigo 198, § 2º, da Lei 6.015/1973). Pode o incorporador com elas concordar, ocasião em que providenciará o suprimento das exigências; ou delas discordar, e requerer ao Oficial que suscite dúvida ao Juízo Corregedor

Desse modo, qualquer interessado no empreendimento está apto a dele tomar conhecimento, integralmente, por meio da obtenção de cópias de todo o processo arquivado na Serventia Registral.⁴¹³

Não se perca de vista que a falta do arquivamento dos documentos referidos na lei no registro de imóveis faz com que o incorporador esteja em mora, *ipso jure*, e autoriza aos compradores rescindirem o contrato, independente de interpelação pessoal.⁴¹⁴

Também é facultado aos adquirentes exigirem do incorporador que cumpra a obrigação de fazer assumida, e efetue a regularização da incorporação imobiliária junto ao respectivo Registro de Imóveis. Pode ocorrer que o adiantado das obras e dos pagamentos realizados ao incorporador, ou mesmo a destinação do edifício, justifiquem mais a via cominatória, pela *obrigação de fazer*,⁴¹⁵ que a rescisão do contrato.⁴¹⁶

local (que possui a atribuição de fiscalização da atividade registral); ou mantém a exigência e faculta ao incorporador o procedimento de suscitação de dúvida inversa, promovida diretamente por ele, e dirigida ao mesmo Juízo Corregedor, a fim de que a exigência apontada pelo oficial imobiliário seja mantida ou suprida por sentença judicial (artigos 199 e seguintes da Lei 6.015/1977).

⁴¹³Comenta Aghiarian o seguinte: “Considerando a precípua finalidade de tornar públicos os atos e a certeza dos mesmos, no princípio da publicidade inerente a todos os registros de imóveis, em especial dispõe a lei em favor de qualquer um, que se expeça, por qualquer meio, cópia de todo o processo registrado (§4º).” AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 258. Conferir, também: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. v. 4, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

⁴¹⁴ Conferir, nessa senda, a lição de Aghiarian: AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 258. Outrossim, confira-se o julgado seguinte, que contribui para o esclarecimento da matéria:

PROMESSA DE VENDA E COMPRA. NÃO CUMPRIMENTO PELA INCORPORADORA DO DISPOSTO NO ART. 32 DA LEI Nº 4.591, DE 16.12.64. NULIDADE OU RESOLUÇÃO DO COMPROMISSO. – Tendo os autores pleiteado a nulidade/rescisão da avença por ausência de arquivamento da incorporação no registro imobiliário, a avença, de todo modo, não tem como subsistir, ainda que o fato possa não constituir motivo para a decretação da nulidade do mesmo contrato. Recurso especial conhecido, mas desprovido. (REsp 201.457/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/1999, DJ 13/09/1999, p. 70)

⁴¹⁵ Conferir artigos 814 a 821 do Novo Código de Processo Civil.

⁴¹⁶ Afirma Marques, acerca da faculdade que possui o adquirente: “Na orientação atual do STJ e dos Tribunais Superiores, é superável a falta de registro do compromisso de compra e venda para a concessão da escritura definitiva e mesmo da adjudicação compulsória, uma vez que os tribunais não mais aplicam a Súmula 167 do STF. Na jurisprudência do STJ, também a falta do registro da incorporação é sanável – assim, o registro *a posteriori* convalida os compromissos de compra e venda, em interpretação favorável ao consumidor, afastando qualquer nulidade ou anulabilidade dos contratos, decidindo o STJ que cabe ao consumidor a escolha entre a resolução ou o cumprimento da obrigação.” Veja-se o julgado do STJ, a respeito do tema:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. APARTAMENTOS EM CONDOMÍNIO DE EDIFÍCIO. FALTA DE REGISTRO DO MEMORIAL DE INCORPORAÇÃO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS. ART. 32, LEI 4.591/64. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE OU ANULABILIDADE DO CONTRATO. IRREGULARIDADE SANÁVEL. CPC, ART. 462. INOCORRÊNCIA NO CASO. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. I - A jurisprudência desta Corte afasta a nulidade ou a anulabilidade (nulidade relativa) do contrato de promessa de

Assume, desse modo, o incorporador, obrigação de resultado⁴¹⁷ frente aos adquirentes, consistente na entrega do objeto contratado.⁴¹⁸ Deve, por isso, ater-se, rigorosamente, ao prazo fixado para a conclusão da incorporação,⁴¹⁹ à sua regularização tributária, administrativa e registral, bem como ao preço e forma de pagamento convencionados, e ao plano de construção (ou projeto de incorporação), e sua qualidade, nos exatos termos do contrato.⁴²⁰

Apesar de constituir disciplina de tópico específico deste escrito, registre-se que todos os documentos ofertados pelo incorporador ao adquirente, no intuito de convencê-lo das vantagens do contrato (panfletos, *banners*, informes publicitários, prospectos ilustrados), o vinculam ao seu estrito cumprimento. Uma vez

compra e venda por descumprimento do art. 32 da Lei n. 4.591/64, que exige o registro do memorial da incorporação no Cartório de Imóveis. II - Todavia, se não sanada a irregularidade, pode o promissário comprador postular a resolução do contrato de promessa de compra e venda, em face do inadimplemento da obrigação por parte da incorporadora. (REsp 192.315/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2001, DJ 18/02/2002, p. 448).

⁴¹⁷ Afirma Aghiarian: "(...) a responsabilidade do incorporador é de fim, isto é, de resultado (...)." e Azevedo e Melo complementam: "O incorporador assume uma obrigação de fazer (o contrato definitivo de compra e venda) e uma obrigação de dar (a entrega da unidade)." AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 465.

⁴¹⁸ Franco, escrevendo em 1969 acerca da Lei 4.591/69, dispôs-se a cotejá-la com as correntes doutrinárias da época, no tocante ao assunto das incorporações imobiliárias. E estudando as obras de Pierre Poirier – *La Propriedad Horizontal*; Alessandro Domênico Gallerani e Wilson de Souza Campos Batalha – *Loteamentos e Condomínios* – assim escreveu a respeito da severidade da obrigação do incorporador quanto ao projeto inicial de construção ofertado aos adquirentes: "o adquirente tem o direito de receber exatamente a coisa caracterizada no contrato, assim como a outorga do título que lhe foi prometido". FRANCO, J. Nascimento. Problemas de direito imobiliário: inovações e inovações em matéria de incorporação de edifícios em condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 383-387. p. 384.

⁴¹⁹ DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. INADIMPLEMENTO PARCIAL. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. MORA. CLÁUSULA PENAL. PERDAS E DANOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1.- A obrigação de indenizar é corolário natural daquele que pratica ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Se a cláusula penal compensatória funciona como pre-fixação das perdas e danos, o mesmo não ocorre com a cláusula penal moratória, que não compensa nem substitui o inadimplemento, apenas pune a mora. 2.- Assim, a cominação contratual de uma multa para o caso de mora não interfere na responsabilidade civil decorrente do retardo no cumprimento da obrigação que já deflui naturalmente do próprio sistema. 3.- O promitente comprador, em caso de atraso na entrega do imóvel adquirido pode pleitear, por isso, além da multa moratória expressamente estabelecida no contrato, também o cumprimento, mesmo que tardio da obrigação e ainda a indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora da promitente vendedora. 4.- Recurso Especial a que se nega provimento. (REsp 135554/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013)

⁴²⁰ "(...) Como se vê, a responsabilidade do incorporador, sem se falar no contrato, decorre da própria lei (artigos 32 e 43, da lei 4.591/1964), que, por sua clareza, dispensaria maiores considerações. Ela assume a obrigação de fazer, cujo último ato é a entrega de uma ou várias unidades construídas e correspondentes frações ideais do terreno em que se erguem e assentam." CAVALIERI, Sergio Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 356.

formalizados os contratos, com base no material propagandeado, deve o incorporador a isso dar fiel execução, pois, a isso, exatamente se vinculou.⁴²¹

Como será melhor tratado adiante, a modificação dos elementos deste projeto é possível, porém mediante imposição administrativa ou consenso unânime dos adquirentes das unidades condominiais, ainda que o contrato preveja forma diferente. Estará o incorporador vinculado ao projeto que publicou, definitivamente.⁴²²

Não se deslembre que o contexto histórico em que se formou a Lei 4.591/1964, já detalhado em tópico anterior, justificou que a infração praticada pelo incorporador pelo não cumprimento dos deveres a ele impostos implica sua responsabilização criminal, outrossim.⁴²³ Isso se dá, com ênfase ainda em nossos dias, pela relevância e abrangência social da disciplina.⁴²⁴

⁴²¹ “(...) Por uma inversão de posições, entretanto, o incorporador, aquele que promove o negócio, coloca-se na situação de *oblato*, transferindo à outra parte a autoria da proposta, ainda quando esta se materializa em um impresso que o candidato recebe para assinar. Os anúncios do incorporador, as vantagens apregoadas do negócio, os prospectos ilustrados que os difundem podem, então, ser considerados como *invitatio ad offerendum*, quer dizer, convites para que lhe sejam dirigidas propostas.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 268.

⁴²² Afirma Venosa sobre tal obrigação do incorporador: “É sua obrigação, entre tantas, manter-se fiel ao projeto apresentado, sem desviar-se do plano de construção, salvo autorização expressa dos interessados (...).” VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. III. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 468. Em Pereira, se acha excelente complemento: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 170.

⁴²³ Art. 65. É crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações. PENA - reclusão de um a quatro anos e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário-mínimo legal vigente no País. § 1º Incorrem na mesma pena: I - o incorporador, o corretor e o construtor, individuais bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva incorporadora, corretora ou construtora que, em proposta, contrato, publicidade, prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou aos condôminos, candidatos ou subscritores de unidades, fizerem afirmação falsa sobre a constituição do condomínio, alienação das frações ideais ou sobre a construção das edificações; II - o incorporador, o corretor e o construtor individuais, bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva, incorporadora, corretora ou construtora que usar, ainda que a título de empréstimo, em proveito próprio ou de terceiros, bens ou haveres destinados a incorporação contratada por administração, sem prévia autorização dos interessados. § 2º O julgamento destes crimes será de competência de Juízo singular, aplicando-se os artigos 5º, 6º e 7º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. § 3º Em qualquer fase do procedimento criminal objeto deste artigo, a prisão do indicado dependerá sempre de mandado do Juízo referido no § 2º. Art. 66. São contravenções relativas à economia popular, puníveis na forma do artigo 10 da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951: I - negociar o incorporador frações ideais de terreno, sem previamente satisfazer às exigências constantes desta Lei; II - omitir o incorporador, em qualquer documento de ajuste, as indicações a que se referem os artigos 37 e 38, desta Lei;

III - deixar o incorporador, sem justa causa, no prazo do artigo 35 e ressalvada a hipótese de seus §§ 2º e 3º, de promover a celebração do contrato relativo à fração ideal de terreno, do contrato de construção ou da Convenção do condomínio; IV - (VETADO). V - omitir o incorporador, no contrato, a indicação a que se refere o § 5º do artigo 55, desta Lei; VI - paralisar o incorporador a obra, por mais de 30 dias, ou retardar-lhe excessivamente o andamento sem justa causa. PENA - Multa de 5 a 20 vezes o maior salário-mínimo legal vigente no País. Parágrafo único. No caso de

Pereira, denominado o *pai* da lei da incorporação imobiliária, quando ainda escrevia sobre os motivos de sua pesquisa e expunha, às minúcias, as justificativas do projeto de lei que elaborara, assim escreveu sobre a responsabilidade criminal do incorporador:

No tocante à responsabilidade criminal, além da capitulação de crimes comuns, como seja a apropriação indébita, estelionato, etc., ou delito contra a economia popular, a lei deverá punir o incorporador por delito específico, por afirmação falsa sobre a constituição ou as condições econômicas do condomínio, ou por fraudulentamente ocultarem, no todo ou em parte, fatos de interesse dos subscritores ou candidatos à aquisição de unidades do edifício.⁴²⁵

É evidente que a frustração de um empreendimento da modalidade da incorporação imobiliária, cujas negociações se dão quando o objeto ainda não existe, tem efeito social devastador. Em muitos casos os adquirentes nele empregam economias de uma vida. Por isso, a bem do sucesso da incorporação, e de uma conseqüente estabilização das relações negociais dessa estirpe, é que a lei fixou deveres tão rígidos ao incorporador.

Constituem, ademais, obrigações do incorporador administrar, com eficiência, a edificação do empreendimento, concluir as obras no tempo aprazado, não alterar o preço das unidades, salvo se convencionado no contrato inicial, fazer cumprir os ditames legais quanto à publicidade do empreendimento, que deve conter nome do incorporador, número de registro no Registro de Imóveis etc.⁴²⁶

Mormente quanto à obrigatoriedade de não alterar o projeto de construção, conforme determina o artigo 43, IV, da Lei 4.591/1964, será tratada, neste escrito, em tópico apartado e seguinte.

contratos relativos a incorporações, de que não participe o incorporador, responderão solidariamente pelas faltas capituladas neste artigo o construtor, o corretor, o proprietário ou titular de direitos aquisitivos do terreno, desde que figurem no contrato, com direito regressivo sobre o incorporador, se as faltas cometidas lhe forem imputáveis.

⁴²⁴ “(...) A responsabilidade criminal decorre de uma exigência de ordem pública e é imposta pelo poder punitivo, retributiva e de defesa social, diversamente da responsabilidade civil que é uma obrigação de ordem privada, visando, tão somente, à reparação de danos ao patrimônio lesado pelas pessoas físicas ou jurídicas, individualmente consideradas.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 280.

⁴²⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 164/165.

⁴²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 385.

2.5.3 A Figura do Adquirente

Adquirente, no contrato de incorporação imobiliária, pode ser toda e qualquer pessoa, natural ou jurídica, desde que capaz, que se disponha a adquirir unidades em condomínio, por construir ou em construção.⁴²⁷

Por ser a incorporação imobiliária negócio jurídico bilateral, sem a figura do adquirente ela não se realiza. O aderente é peça essencial à configuração da incorporação, pois é próprio deste contrato que as negociações de unidades condominiais ocorram antes ou durante a edificação.⁴²⁸

Como referido, à exaustão, a alienação posterior à conclusão das obras e à regularização do prédio no Registro de Imóveis não caracteriza a incorporação imobiliária; destina-se, tão somente, à formação de condomínio geral, como previsto no Código Civil.⁴²⁹

A caracterização da incorporação imobiliária independe de que certo número de adquirentes figure num dos polos do contrato.⁴³⁰ Basta a adesão de apenas um para que advenham ao incorporador os ônus e responsabilidades a que está sujeito em razão da Lei 4.591/1964.⁴³¹

⁴²⁷ “Adquirentes ou subscritores nesse negócio jurídico serão quaisquer pessoas naturais ou jurídicas que se proponham a adquirir unidades autônomas.” VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. III. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 463. Em Gomes se lê: “(...) qualquer pessoa, física ou jurídica, que se proponha a adquirir, em edificação sob regime de condomínio especial, uma ou várias unidades autônomas, comprando-as ou prometendo compra-las.” GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 264.

⁴²⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 267.

⁴²⁹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 471. Conferir, também, artigos 1.314 e seguintes do Código Civil.

⁴³⁰ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 253.

⁴³¹ Nesse contexto, benfazeja a transcrição da opinião de Pereira: “(...) Duas vontades dirigidas a um mesmo fim encontram-se. Não importa a pluralidade individual num ou noutro pólo do contrato. O que tem relevância é a existência de duas partes, tomadas como emissoras de vontade com sentido direcional. Exemplificando: a compra e venda é negócio jurídico bilateral, que na hipótese de um vendedor singular e um comprador singular, quer na de vários vendedores e um comprador singular e vice-versa, quer, ainda, na pluralidade de vendedores e de compradores. O exemplo é útil, para afastar a existência da pluralidade de adquirentes de unidades, como fator relevante na classificação do fenômeno contratual.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Incorporação Imobiliária*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 248.

2.5.4 Apontamentos sobre as Obrigações Gerais do Adquirente

Mesmo Pereira, idealizador da Lei que disciplinou as incorporações imobiliárias, e que tanto teve a dizer sobre o contrato de incorporação, precedentes históricos, obrigações, cominações, etc., ao dedicar o Capítulo XV de sua obra, *Condomínio e Incorporação*, ao estudo das obrigações do adquirente, tratou mais de sedimentar as responsabilidades e deveres do incorporador, do que de dizer as incumbências do comprador.⁴³²

Suas obrigações, em boa verdade, são consideradas genericamente e constituem, de início, o dever de zelo pelo andamento da obra, a fiscalização e o controle sobre as diversas etapas do empreendimento e o correto empenho do incorporador na execução do objeto da incorporação imobiliária.⁴³³

Conquanto se saiba que o enredo da lei da incorporação imobiliária tinha por escopo disciplinar e organizar a atividade do incorporador e, com isso garantir estabilidade social, face aos desmandos a que estavam sujeitos os adquirentes, hipossuficientes nessa relação contratual, o contrato de incorporação imobiliária é sinalagmático, como visto, e por isso impõe obrigações a ambas as partes.⁴³⁴

Por isso, nem sempre o insucesso da incorporação imobiliária pode ser atribuído ao incorporador, que, na qualidade de parte, também está sujeito aos efeitos do inadimplemento contratual, pelo adquirente, máxime, no tocante ao pagamento das prestações a que se obrigou.⁴³⁵

Assim, tem-se que a mais importante obrigação do adquirente consiste em dar cumprimento aos termos do contrato que avençou. E por *contrato* se entenda a promessa de compra, como a de cessão na condição de cessionário, como o título formal do comprador.

⁴³² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 267, 283.

⁴³³ "(...) o adquirente tem as obrigações especificadas na proposta, habitualmente objetivadas no pagamento das prestações, assinatura da escritura quando for designada a época, aceitação da convenção de condomínio (...)" PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade Horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 169.

⁴³⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 268.

⁴³⁵ "(...) obrigação de rigorosa obediência consiste na regularidade dos pagamentos das prestações acertadas na aquisição das unidades. Graves as decorrências na omissão de dever tão primordial, pois componente da obra." RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 402.

O que constitui obrigação para o adquirente, se reverte em direito para o incorporador.⁴³⁶

Decorre, expressamente, da Lei a possibilidade de rescisão contratual, por parte do incorporador, em decorrência do inadimplemento das prestações do preço⁴³⁷, impondo ao adquirente (na incorporação realizada por administração) a perda da fração ideal correspondente à unidade em condomínio e a alienação em público leilão, caso não prefira o incorporador a execução judicial do contrato inicial. Isso porque, como já referido, o pagamento do preço constitui a mais relevante obrigação do adquirente, eis que sua infração pode impor óbice ao andamento da obra e à boa execução da incorporação.

É bem verdade que a resolução do contrato é medida extrema que assegura, ao incorporador, tanto no contrato por empreitada quanto a preço de custo, a real possibilidade de conclusão da incorporação – pois, pode ser que a inadimplência de apenas um adquirente comprometa toda a incorporação, a depender do número de unidades que tenha adquirido e se contratou pagar o preço parceladamente.

Todavia, pode o incorporador eleger a via executiva para a satisfação do crédito, ao invés de reaver as unidades compromissadas com o inadimplente. Se o fizer, o contrato inicial lhe servirá como título executivo extrajudicial⁴³⁸, e poderá o incorporador, inclusive, valer-se da adjudicação da fração ideal de terreno, como forma de quitação.

2.6 Apontamentos sobre a Incorporação Imobiliária no Registro de Imóveis

Para que possa comercializar as unidades condominiais, o incorporador deve, antes, cumprir as formalidades estabelecidas no artigo 32 da Lei 4.591/1964,

⁴³⁶ “(...) Firmada a (proposta) do candidato à aquisição de unidade, logo lhe nascem as obrigações correspondentes, pois segundo a regra do Código, a proposta de contrato obriga o proponente. Embora ainda não haja contrato, já existe obrigação, originada na proposta mesma, que o proponente já não tem mais faculdade de retirar, sob pena de responder pelas suas consequências.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 268.

⁴³⁷ Conferir artigo 63 da Lei 4.591/1964.

⁴³⁸ Desde que o contrato satisfaça os requisitos da lei processual para a formação do título executivo extrajudicial:

CPC “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;”

arquivando no Registro de Imóveis da localidade do empreendimento o memorial de incorporação.⁴³⁹

Resulta da Lei que esse registro é obrigatório e deve preceder o início da publicidade do empreendimento e da alienação de suas unidades.⁴⁴⁰

Malgrado se tenha por obrigatório o registro prévio da incorporação para o início da comercialização de suas unidades, Mezzari chama a atenção para o fato de que a falta de fiscalização, e mesmo de órgãos públicos com atribuição específica de fiscalizar empreendimentos clandestinos, constitui fator de estímulo à prática irregular da atividade incorporativa. Tal prática se dá por meio do registro do empreendimento somente após o término das obras, por ocasião da entrega das unidades condominiais aos proprietários, ou até mesmo tempos depois da entrega.⁴⁴¹

Afirma Silva Filho que a desídia dos incorporadores pode ser explicada pela falta de cominações efetivas resultantes do não registro das incorporações. Isso leva o incorporador a buscar a regularização do empreendimento somente por ocasião de sua conclusão.⁴⁴²

É de se concordar que a natureza jurídica do registro – meramente declaratória⁴⁴³– faz com que o registro da incorporação possua efeito simplesmente formal para os adquirentes. E se da atividade incorporativa não lhes resultar qualquer dano, não lhes terá feito falta as garantias que a Lei outorga aos adquirentes mediante o registro da incorporação.⁴⁴⁴

⁴³⁹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 475.

⁴⁴⁰ Leciona o registrador de imóveis Mezzari: "(...) o registro perante o Registro de Imóveis é obrigatório, decorrendo tal afirmação do *caput* do art. 32, ao afirmar que o incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado no cartório competente o rol de documentos que enumera." MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 91.

⁴⁴¹ MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 92.

⁴⁴² SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 314-343. p. 315.

⁴⁴³ Ouça-se Rizzardo: "Portanto, o registro é ato declaratório, que visa discriminar e individualizar as diversas espécies de áreas que compõem as edificações, a serem construídas sob a forma de unidades isoladas entre si, residenciais ou não residenciais." RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 287.

⁴⁴⁴ Considerando que a incorporação imobiliária é caracterizada pelo exercício das atividades descritas no artigo 28, parágrafo único, da Lei 4.591/1964, o registro a que se refere o art. 32 da Lei, não tem o condão de criá-la, de constituí-la para o mundo jurídico. Ao reverso, o que o legislador pretendia ao instituir a obrigatoriedade do registro, era outorgar, aos adquirentes, garantias de publicidade e constituição de direito real, a partir dos contratos firmados. É como

Esse fato é verdade, porque a ausência de registro não priva o incorporador das prestações mensais que recebe dos adquirentes, nem implica embargo da obra; e não obsta que os condôminos tomem posse, eventualmente, de suas unidades sem que se haja expedido o correspondente habite-se para a edificação.⁴⁴⁵

Daí que Mezzari tem discorrido acerca da necessidade de alteração legislativa que simplifique o registro do memorial de incorporação a fim de tornar efetiva a determinação legal de seu arquivamento prévio no início da comercialização do empreendimento. E fundamenta as mudanças que propõe, na finalidade desse registro, atributiva de segurança formal aos adquirentes.⁴⁴⁶

Pereira, antes, escreveu sobre a exigência de registro prévio da incorporação que criara em seu anteprojeto:

Realizando o que os autores modernos chamam de “formalismo de publicidade”, a Lei 4.591/1964, no art. 32, § 2º, determina que os contratos de compra e venda serão averbáveis à margem do registro dos documentos imprescindíveis à incorporação. Não se trata de classificar a incorporação como contrato formal ou solene, porém, de amparar os interessados com o registro dos documentos exigidos para a incorporação e averbação dos atos alienatórios a que dá origem.⁴⁴⁷

Imaginava Pereira que esse sistema de publicidade amplo permitiria ao poder público, com facilidade, identificar e fiscalizar o incorporador – fosse pessoa natural ou jurídica.⁴⁴⁸

Observa-se que não era necessariamente o aspecto dominial que preocupava Pereira quando fixou em seu anteprojeto a obrigatoriedade do registro; pretendia,

afirma Chalhub: “Duas finalidades resultam da exigência legal de arquivamento do memorial de incorporação, a que alude seu art. 32, quais sejam: a) defesa dos adquirentes e b) a identificação dos elementos necessários à instituição do condomínio. CHALHUB, Melhim Namem. Memorial de incorporação: notas sobre a inexigibilidade de seu arquivamento nas hipóteses que não configurarem atividade empresarial. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529-552. p. 534.

⁴⁴⁵ FRANCO, J. Nascimento. *Contribuição do oficial de registro de imóveis para o aperfeiçoamento da incorporação imobiliária: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 389-402. p. 393.

⁴⁴⁶ MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 126.

⁴⁴⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 243-259. p. 247.

⁴⁴⁸ “(...) Também preconizamos, nesta legislação futura, um sistema publicitário amplo, que facilite a fiscalização e a identificação das empresas e desta sorte concorra para a apuração da responsabilidade. (...) À matrícula do (imóvel) incorporado, deve seguir-se a exigência da inscrição do plano de construção do edifício e arquivamento do projeto e especificações no registro imobiliário. Com esta providência, qualquer interessado tem meios de conhecer quantos edifícios uma empresa está lançando, que vantagens oferece, quais as facilidades que dá, etc.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade Horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. 166.

em verdade, ampliar a publicidade do empreendimento para outorgar maior proteção aos adquirentes – do que somente a possibilidade de registro de seu contrato. Contudo, como denuncia Silva Filho, a falta de fiscalização deu azo à irregularidade das incorporações, e poucos são os incorporadores que cumprem o que determina a Lei.⁴⁴⁹

Já se referiu, anteriormente, que o presente escrito não se destina a constituir um guia prático para todos quantos pretendam conhecer a incorporação imobiliária, por isso não descerá à miúdo em cada um de seus elementos.

Por essa razão, é imperioso que se informe os documentos que compõem o rol do artigo 32 da Lei 4.591/1964, sem, contudo, minudenciá-los.

Ensina Rizzardo que, antes de iniciar a comercialização das unidades condominiais, o incorporador deve arquivar no Registro de Imóveis da circunscrição imobiliária do bem os seguintes documentos: (i) título de propriedade do terreno; (ii) certidões negativas de tributos devidos às fazendas federal, estadual e municipal, em nome do incorporador e do proprietário do terreno; (iii) histórico vintenário dos títulos de propriedade do terreno; (iv) projeto de construção aprovado pela municipalidade local; (v) quadro de áreas da edificação, em que estejam discriminadas as áreas total, exclusivas e de uso comum; (vi) certidão negativa de débitos previdenciários do incorporador e do proprietário do terreno; (vii) memorial descritivo em que constem as especificações da obra projetada; (viii) avaliação do custo global da obra; (vii) discriminação das unidades autônomas e as respectivas frações ideais do terreno correspondentes; (ix) minuta da futura convenção de condomínio; (x) declaração em que se defina as parcelas do preço correspondentes à edificação e à fração ideal de terreno; (xi) certidão do mandato referido no art. 31, § 1º, da Lei 4.591/1964; (xii) declaração em que se fixe o prazo de carência da incorporação, ou que a incorporação não está sujeita a prazo de carência; (xiii) atestado de idoneidade financeira do incorporador, fornecido por estabelecimento de crédito em funcionamento há mais de 5 anos no país; e (xiv) declaração, acompanhada de planta elucidativa, do número de vagas de garagens e veículos que a incorporação comporta.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 314-343. p. 316.

⁴⁵⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 306.

Nota-se que esse rol é expressamente voltado à confiabilidade e idoneidade do incorporador. O atendimento das formalidades do art. 32 demonstra ao público, em geral, e ao poder público a qualidade do incorporador e da incorporação, , como bem registra Aghiarian, a inobservância dessa exigência legal sujeita o incorporador à rescisão do contrato, pelo adquirente, com a obrigação de pagar pesada multa em favor da municipalidade,⁴⁵¹ e sujeita o incorporador à prática de contravenção penal, dada a relevância social da obrigação.⁴⁵²

A esse respeito, protesta Silva Filho quanto à inaplicabilidade prática da norma e ressalta, com isso, o incentivo que a falta de fiscalização pelo poder público dá aos maus empreendedores:

Mas que obrigatoriedade é essa? Qual a sua sanção? Nenhuma. O que está escrito na lei é diária e impunemente descumprido pelos incorporadores, sem que nada lhes aconteça. Abram-se os jornais, leiam-se os anúncios de incorporação de prédios em condomínio e verifiquem se há qualquer menção ao registro da incorporação no Cartório de Registro de Imóveis respectivo. Nunca tomei conhecimento de qualquer anúncio feito com os requisitos exigidos pelo legislador e, também, jamais tomei conhecimento de qualquer punição imposta a algum incorporador ou qualquer órgão de comunicação.⁴⁵³

Convém, ainda, destacar que o arquivamento dos documentos, como determina a Lei, denuncia ao adquirente se há a fixação de prazo de carência para a incorporação, que não pode ultrapassar 180 dias e corresponde ao período em que

⁴⁵¹ Art. 65. É crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações. PENA - reclusão de um a quatro anos e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário-mínimo legal vigente no País. § 1º Incorrem na mesma pena: I - o incorporador, o corretor e o construtor, individuais bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva incorporadora, corretora ou construtora que, em proposta, contrato, publicidade, prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou aos condôminos, candidatos ou subscritores de unidades, fizerem afirmação falsa sobre a constituição do condomínio, alienação das frações ideais ou sobre a construção das edificações; II - o incorporador, o corretor e o construtor individuais, bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva, incorporadora, corretora ou construtora que usar, ainda que a título de empréstimo, em proveito próprio ou de terceiros, bens ou haveres destinados a incorporação contratada por administração, sem prévia autorização dos interessados.

⁴⁵² Veja-se: “A documentação exigida, prévia para o lançamento da incorporação, ensejará, em caso de inobservância, causa de rescisão indenizável em favor do promissário adquirente, assim como contravenção penal, por parte do incorporador, considerado o nível da norma pública que o legislador atribui a tais providências”. AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 256.

⁴⁵³ SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 314-343. p. 317.

é dado ao incorporador desistir do empreendimento.⁴⁵⁴ E se vier a abandoná-lo, incumbirá a ele *denunciar* a incorporação, comunicando tal fato ao Registrador de Imóveis e aos adquirentes de unidades condominiais, para que recebam, no prazo de 30 dias, a restituição das quantias que pagaram ao incorporador, devidamente corrigidas na forma do contrato.⁴⁵⁵

2.7 Requisitos Legais para a Alteração do Projeto de Incorporação Imobiliária

Em oportunidade anterior, já se disse que firmado o contrato de venda, ou promessa de venda, de unidade em incorporação imobiliária, ainda que com apenas um adquirente, o incorporador estará obrigado a seguir rigorosamente o projeto de incorporação ao qual se filiaram as partes.⁴⁵⁶ É lícito, contudo, que incorporador e adquirentes contratarem a modificação do projeto da incorporação, mas dependerão da aprovação unânime dos titulares de frações ideais do empreendimento.⁴⁵⁷

Para os efeitos da Lei 4.591/1964, considera-se *projeto de incorporação*, ao qual o incorporador está adstrito, aquele que foi pelo incorporador propagandeado, em que constam as especificações do empreendimento, tais como número de unidades condominiais, vagas de garagens, informações gerais sobre equipamentos e áreas de uso comum, e toda a sorte de informações utilizadas pelo incorporador para atrair o interesse dos adquirentes. Todas as informações ofertadas pelo incorporador, no intuito de convencer os compradores das vantagens do contrato

⁴⁵⁴ Conferir art. 34 da Lei 4.591/1964.

⁴⁵⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259. p. 255.

⁴⁵⁶ Repise-se a eminente lição de Pereira a esse respeito: “o incorporador é, ainda, obrigado a dar fiel execução ao plano da construção, sem alterar o projeto, sem modificar as especificações, sem suspender os trabalhos. (...) Incorporados que ficam ao contrato bilateral, não podem ser unilateralmente modificados, isto é, não pode o incorporador alterá-los, ainda sob pretexto de ser mais conveniente ao grupo, nem mesmo com a aprovação de alguns dos candidatos.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 170.

⁴⁵⁷ “Art. 43. 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: (...) IV – é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal; Art. 49. Os contratantes da construção, inclusive no caso do art. 43, para tratar de seus interesses, com relação a ela, poderão reunir-se em assembléia, cujas deliberações, desde que aprovadas por maioria simples dos votos presentes, serão válidas e obrigatórias para todos eles salvo no que afetar ao direito de propriedade previsto na legislação.”

(panfletos, *banners*, informes publicitários, prospectos ilustrados, maquetes), o vinculam ao seu estrito cumprimento.⁴⁵⁸

Como já se referiu anteriormente, a vinculação do incorporador ao projeto que ofertou aos compradores não está condicionada ao cumprimento das formalidades do artigo 32 da Lei 4.591/1964, visto que a incorporação imobiliária configura-se pela *atividade* exercida na forma do parágrafo único, do artigo 28, da referida Lei. Basta, portanto, a assinatura de um único contrato que se refira à alienação de unidade condominial, a ser construída ou em construção, para que a alteração de qualquer elemento do projeto de construção esteja condicionada à aprovação da totalidade dos adquirentes.

E diga-se, a esse respeito, que, por força do artigo 28, mesmo as incorporações que se desenvolvem sem registro no fólio imobiliário, de forma irregular, estão integralmente submetidas à vedação contida no artigo 43, IV, combinado com o artigo 49 da Lei. Dessa forma, são considerados *interessados* todos quantos detenham contratos de aquisição de unidade em condomínio com o incorporador.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Novamente, invocando a docência de Pereira, idealizador da Lei, registra-se: "(...) É evidente que, oferecido à aquisição um edifício, seja por anúncios públicos (imprensa, rádio, televisão), seja por oferta particular (visita de corretores, envio de projetos), o candidato anuiu ao negócio porque lhe satisfaz o conjunto de requisitos da edificação: local, prazo de entrega, esquema de pagamento, divisão dos andares, especificações de acabamento. Estes elementos integram o contrato, ou explicitamente quando a proposta os menciona, ou implicitamente, como fatores causais do ato negocial. Incorporados que ficam ao contrato bilateral, não podem ser unilateralmente modificados, isto é, não pode o incorporador alterá-los, ainda sob pretexto de ser mais conveniente ao grupo, nem mesmo com a aprovação de alguns dos candidatos. Há um contrato bilateral, em que as obrigações são determinadas, e como uma das partes é formada da totalidade dos subscritores, somente a unanimidade do voto é hábil a conceder ao incorporador o direito de introduzir modificações." PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 170. Para os casos em que o incorporador é, também, o construtor do empreendimento, preceitua a Lei 4.591/1964, em que o memorial e o projeto das edificações deverão fazer parte do contrato de cada adquirente: "Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor. § 1º O Projeto e o memorial descritivo das edificações farão parte integrante e complementar do contrato;" No mesmo sentido, afirma Avvad: "O projeto é parte indispensável do memorial e ambos integram o compromisso de venda da unidade (art. 48, § 1º), sendo o incorporador corresponsável, com o construtor, pela fiel execução do projeto com todas as suas especificações. AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 585.

⁴⁵⁹ WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 228.

Afinal, é o desempenho da *atividade* prescrita no art. 28, parágrafo único, que caracteriza a incorporação imobiliária e o incorporador, e atrai a aplicabilidade da Lei 4.591/1964.⁴⁶⁰

Dada a natureza jurídica do contrato de incorporação imobiliária, a Lei a todos alcança, quer sejam promissários compradores, detentores de contrato registrado no escritório imobiliário ou titulares de carta proposta, tanto em incorporação em fase de registro como para os contratantes em incorporação pendente de regularização imobiliária.⁴⁶¹

Por isso, mesmo se tratando de incorporação imobiliária não levada a registro no Registro de Imóveis, a imperiosidade da aprovação unânime dos adquirentes, para a alteração do projeto a que se filiaram, é inderrogável.⁴⁶²

Mesmo antes da aprovação da Lei 4.591/1964, Santos havia consignado a unanimidade como condição para alteração de frações ideais de condôminos.⁴⁶³

São partes no contrato, de um lado, o incorporador, e de outro, a coletividade dos adquirentes, pois o escopo do contrato de incorporação extravasa a individualidade, a bem da formação do condomínio. Por isso, discorrendo acerca da imperiosidade do sufrágio da totalidade dos titulares de frações ideais, para a deliberação sobre alteração do projeto de incorporação imobiliária, Chalhub registra:

Dada essa característica peculiar, o contrato de incorporação deve ser sempre considerado sob a perspectiva do interesse coletivo do conjunto de

⁴⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 81.

⁴⁶¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953. p. 80.

⁴⁶² Afirma Mezzari, ao discorrer acerca da alteração do projeto de incorporação imobiliária que implique modificação das frações ideais de cada adquirente: “Tem-se estabelecido alguma discussão a respeito da possibilidade de alteração da fração ideal. E a resposta mais frequente e com a qual concordamos em parte, é a de que a unanimidade dos condôminos, em assembleia geral especialmente convocada para este fim, poderá alterar a fração ideal e lograr o ingresso dessa alteração no registro imobiliária. A necessidade de decisão unânime é inquestionável. Mas não se trata de unanimidade das presentes à assembleia, ainda que convocada expressamente para este fim. A alteração das frações ideais necessita do consentimento unânime dos condôminos, presentes ou não à reunião, mesmo quando a fração ideal tenha sido mal atribuída, mal calculada, como existem casos concretos espalhados por todo o país.” MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 49

⁴⁶³ Afirma Santos que “o direito de cada proprietário sobre as coisas comuns, acha-se, até certo ponto, cristalizado; pois, salvo acordo unânime dos interessados, fica insuscetível da modificação apreciável. (...) Impõe-se, como salvaguarda da harmonia geral, a obrigação peremptória de nada projetar que diminua, para alguém, o próprio conforto ou gozo habitual de coisa *comum*: para obra que transcenda semelhantes raias, é de exigir o consenso unânime dos coproprietários.” SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 185.

adquirentes de unidades, com atenção para o fato de que o interesse da coletividade dos adquirentes é que determina o escopo do contrato, sua funcionalidade econômica e social, e não o interesse de cada adquirente, isoladamente.⁴⁶⁴

Por isso, toda e qualquer alteração do projeto da construção, mas especialmente aquelas que modifiquem as unidades dos adquirentes, e a respectiva fração ideal, dependerão de aprovação unânime dos interessados.⁴⁶⁵

Chalhub, nesse contexto, leciona que unanimidade é inderrogável, em razão da feição coletiva que a incorporação imobiliária possui. As decisões tomadas no âmbito da incorporação dificilmente implicam efeitos apenas a um adquirente. Ao reverso, em regra, têm reflexo para a totalidade dos titulares de fração ideal. Daí a relevância da comissão de representantes e da assembleia de adquirentes para fiscalizarem e glosarem as ações do incorporador.⁴⁶⁶

Apesar de constituir assunto de outro item, é de se ressaltar que na incorporação que se desenvolve de forma irregular, tais órgãos de controle da atividade do incorporador e do construtor, em regra, não existem, e esse fato contribui para agravar, demasiadamente, a possibilidade de fiscalização dos atos do incorporador.

Respeitante à forma como deverá ser processada a alteração do projeto de incorporação, que versa sobre fração ideal dos condôminos, Mezzari chama a

⁴⁶⁴ CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593. p. 557.

⁴⁶⁵ Mezzari descreve: "(...) Assim, quando se pretende construir mais uma unidade, há que se contar em primeiro lugar com o concurso unanime das vontades dos comunheiros. Em segundo lugar e obviamente, com a aprovação da municipalidade; e por terceiro mas não por último, aquele que virá a ser proprietário da nova unidade deverá adquirir (a título oneroso ou gratuito) a fração que estará vinculada à dita unidade. Haverá, por certo, uma diminuição patrimonial de todos os demais, a ensejar a necessidade de título de transmissão e de registro deste título junto ao Registro de Imóveis. Por derradeiro, deverá ser feita nova instituição do condomínio, especialmente no que se refere à individualização das unidades, que deverá ser refeita. As alterações ocorrerão não só na fração ideal de cada unidade, mas também nas áreas de uso comum de divisão proporcional que correspondem a cada uma delas, de tal sorte que a área total (soma das áreas privativas e comum) também se modificará." MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 204.

⁴⁶⁶ "É exatamente em razão dessa feição coletiva que a Lei 4.591/1964 criou órgãos de representação da comunidade dos adquirentes perante o incorporador, o construtor ou terceiros, atribuindo-lhes funções essenciais na execução do contrato de incorporação (arts. 49 e 50 da Lei 4.591/1964), tais como a fiscalização do andamento da obra, o exame das contas do incorporador, a substituição do incorporador, a cobrança de quotas em atraso, o leilão da unidade do condomínio inadimplente etc." CHALHUB, Melhim Namem. *O Contrato de Incorporação Imobiliária*. In DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.) *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 543-593. p. 557.

atenção para o caráter essencialmente patrimonial dessa porção de terreno e para o fato de que a consequência imediata de sua modificação será o aumento ou a diminuição do patrimônio imobiliário dos condôminos. Por isso, deverão as partes observar o artigo 108 do Código Civil quanto à necessidade de escritura pública, para a confecção da ata da reunião de condôminos em que se deliberar o assunto.⁴⁶⁷

A necessidade de aprovação unânime para a modificação da fração ideal de condômino está assentada na jurisprudência dos Tribunais Superiores desde há muito tempo, dado o seu caráter indiscutivelmente patrimonial.⁴⁶⁸

Com destaque, nesse mote, para o repositório jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, no acórdão do Ministro Antonio Neder, de 1974, em que foi consignado:⁴⁶⁹

Para modificar ou afrontar direito de cada condômino sobre as coisas comuns, alterar o destino de fração autônoma do prédio, não basta o voto da maioria, mas necessário é o assentimento de todos os consortes.

⁴⁶⁷ "(...) No entanto, a fração ideal considerada como parte do patrimônio imóvel do condômino, somente pode ser modificada (aumentada ou diminuída) também contando com a unanimidade dos condôminos, e somente poderá ser instrumentalizada em escrito particular se o bem objeto da negociação for de valor até trinta (30) trinta vezes o maior salário mínimo nacional, obedecendo à regra do artigo 108 do Código Civil." MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 52.

⁴⁶⁸ O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o quórum necessário para a alteração das frações ideais de condôminos: "CONDOMINIO. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO IDEAL DO TERRENO CORRESPONDENTE A CADA UNIDADE NA CONVENÇÃO CONDOMINIAL. A ALTERAÇÃO EXCEPCIONAL DA FRAÇÃO DEPENDE DE CONSENSO DE TODOS OS CONDOMINOS. CONSTRUÇÃO NO FUNDO DO TERRENO DE NOVAS UNIDADES. HIPÓTESE EM QUE NÃO HOUVE AUTORIZAÇÃO DE TODOS OS CONDOMINOS. AÇÃO DECLARATORIA JULGADA PRECEDENTE. EXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E ANÁLISE DE PROVA. SUA INVIABILIDADE, NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, EM FACE DAS SUMULAS 454 E 279. DIANTE DAS SUMULAS 282,356 E 454, NÃO HÁ RECONHECER OFENSA AO ART. 153, PARAGRAFOS 2., 3. E 22, DA CONSTITUIÇÃO, OU NEGATIVA DE VIGENCIA DOS ARTS. 572 E 1056, DO CCB. INCIDENCIA, NO CASO, TAMBÉM DA SÚMULA 283. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 96409, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Primeira Turma, julgado em 30/11/1984, DJ 14-03-1986 PP-03387 EMENT VOL-01411-02 PP-00386)."

No mesmo sentido, o entendimento do Superior Tribunal: CIVIL - CONDOMINIO - CONVENÇÃO - QUORUM NECESSARIO PARA ATRIBUIR OS DIREITOS ADVINDOS DA PARTE IDEAL. I - A DOCTRINA E JURISPRUDENCIA SÃO ACORDES EM PROCLAMAR QUE DEVE SER UNANIME O QUORUM NECESSARIO PARA ATRIBUIR DIREITOS A CONDOMINOS, RELATIVOS A SUA PARTE IDEAL. II - MATERIA DE FATO NÃO SE REEXAMINA EM ESPECIAL (SUMULAS 05 E 07 STJ). III - RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp 62.133/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/08/1995, DJ 06/11/1995, p. 37568).

⁴⁶⁹ INCORPORAÇÃO. CONDOMINIO. DECRETO N. 5.481/28. PARA MODIFICAR OU AFRONTAR DIREITO DE CADA CONDOMINO SOBRE AS COISAS COMUNS, ALTERAR O DESTINO DE FRAÇÃO AUTONOMA DO PREDIO, NÃO BASTA O VOTO DA MAIORIA, MAS NECESSARIO E O ASSENTIMENTO DE TODOS OS CONSORTES. 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 71285, Relator(a): Min. ANTONIO NEDER, Segunda Turma, julgado em 18/10/1974, DJ 18-11-1974 PP-08587 EMENT VOL-00967-01 PP-00091)

Está, portanto, cristalizado na doutrina e jurisprudência pátrias que as inovações que importem modificação da coisa comum ou da fração ideal de titularidade dos condôminos devem ser aprovadas pela totalidade dos interessados no empreendimento, ainda que em sede de incorporação imobiliária irregular, máxime a propriedade em condomínio, mesmo que legalmente não instituído.⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ Afirma Santos que “Inovar, no sentido estrito, é criar edifício diferente do primitivo; alterar a forma ou a substância, ou uma e outra, resultando um organismo econômica, física e esteticamente diverso: pressupõe, como indispensável, o consenso unânime dos partes.”. E acrescenta o mesmo autor: “a faculdade de *innovare*, outrora fulminada pelo Direito de Roma e dos *provo cultos*, admite-se hoje, *cum grano salis*: desde que não desvalorize o prédio, não mude o destino de coisa *comum*, não cause dano ou incômodo grave aos consortes, não embarace nem diminua o uso e gozo do imóvel, ou de parte indivisa do mesmo, pelos outros proprietários, nem perturbe ou impeça o exercício de direito igual por algum condômino.” SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio*: terras, apartamentos e andares perante o direito. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 184.

3 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA IRREGULAR

De rigor, para ser caracterizada, a incorporação imobiliária depende unicamente da alienação de frações ideais, em condomínio, correspondentes a unidades imobiliárias a serem construídas ou em construção. É como se configuram a incorporação e o incorporador: pela *atividade*.⁴⁷¹

É necessário, porém, que, antes que se iniciem as negociações, o incorporador archive no Registro de Imóveis respectivo o memorial de incorporação imobiliária,⁴⁷² composto de certo número de documentos (listados anteriormente), em cumprimento à formalidade estabelecida no artigo 32 da Lei 4.591/1964. A finalidade, em resumo, consiste em conferir aos adquirentes segurança acerca da idoneidade do incorporador, possibilidade de registro do contrato de aquisição da unidade condominial e viabilidade de fiscalização, pelo poder público, da legalidade do empreendimento frente às normas municipais de posturas, uso e ocupação do solo e matéria ambiental.⁴⁷³

Dito isso, a regularidade da atividade incorporativa deflui do cumprimento, por parte do incorporador, da obrigação primeira que determinou a Lei 4.591/1964: o arquivamento do memorial de incorporação no fólio registral.⁴⁷⁴

Desse modo, por contra conceito, será irregular a atividade incorporativa que se desenvolver à margem das formalidades registrais disciplinadas na Lei 4.591/1964 – notadamente em seu artigo 32.⁴⁷⁵

Iniciadas as alienações de unidades condominiais em incorporação imobiliária, em preterimento do prévio arquivamento dos documentos da

⁴⁷¹ Afirma Rosa: “será incorporador, toda pessoa (física ou jurídica), que de alguma forma se responsabilize pela entrega dentro de prazo, preço e condições determinadas, as obras concluídas”. ROSA, Edson Costa. *Prática de direito imobiliário*. Leme-SP: Mundo Jurídico, 2012.. p. 96.

⁴⁷² Nesse sentido, forçoso que se esclareça que mesmo os denominados *contratos de reserva* do empreendimento são classificados como irregulares, se firmados antes do cumprimento das formalidades do art. 32 da Lei. Neste sentido, conferir: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 463.

⁴⁷³ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 484. Conferir, no mesmo sentido: MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 485.

⁴⁷⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos* 7. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 478.

⁴⁷⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 469.

incorporação no Registro de Imóveis, estarão os adquirentes aderindo à incorporação imobiliária irregular.⁴⁷⁶

3.1 Apontamentos sobre a Validade dos Contratos Particulares

Já foi dito que o contrato de incorporação imobiliária “é *bilateral, oneroso, comutativo, consensual e de trato sucessivo*”, e que a formalidade estatuída pela Lei 4.591/1964 não constitui condição para sua validade.⁴⁷⁷

Sendo assim, a avença incorporativa deve atender, simplesmente, aos pressupostos de validade do negócio jurídico definidos no artigo 104 do Código Civil,⁴⁷⁸ que estabelece quanto à *capacidade das partes* e à atenção ao *objeto*, sem se ater à forma específica, posto que a Lei das Incorporações assim não disciplinou.⁴⁷⁹

Acerca da capacidade dos agentes, já se referiu, outrossim, que tanto o incorporador quanto o adquirente podem ser pessoas naturais ou jurídicas, desde que *capazes na esfera civil*.⁴⁸⁰

Quanto ao objeto, no contexto do contrato de incorporação, deve ser lícito, possível e determinado, vedada a negociação sobre objeto *determinável*, dado que, ao avençarem as partes sobre unidade condominial, o fazem a partir de memoriais, plantas, quadros de áreas e outros documentos que, mesmo na incorporação imobiliária irregular, tornam o objeto determinado.⁴⁸¹

⁴⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 467.

⁴⁷⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 243-259. p. 246.

⁴⁷⁸ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁴⁷⁹ “[...] considera-se formado ‘solo consenso’, vale dizer, não está adstrito a nenhuma solenidade ou requisito formal. Celebra-se por escrito, como meio técnico de se fixarem desde logo as obrigações e direitos das partes. Mas não está subordinado a formalidades, terminologia ou sacramentalidade.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 247.

⁴⁸⁰ Por capacidade na esfera civil, entenda-se capacidade de fato (ou de exercício) a “aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil.” Afirma Barros que “(...) o exercício dos direitos pressupõe realmente consciência e vontade; (...) essa capacidade acha-se assim vinculada a determinados fatores objetivos: idade e estado de saúde. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 60.

⁴⁸¹ Aghiarianfala dos documentos que devem estar contidos no rol a ser arquivado no Registro de Imóveis, da imperiosa necessidade dos memoriais descritivos das unidades condominiais e do quadro de áreas da incorporação, que discrimine as áreas comuns e exclusivas do empreendimento. AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 257.

No tocante à forma do instrumento, se pública ou privada, retome-se a docência de Pereira, autor do anteprojeto que deu vida à Lei das Incorporações Imobiliárias, para quem a *consensualidade* característica do contrato de incorporação imobiliária deixa de impor forma ou solenidade para a sacramentalidade do negócio.⁴⁸²

Sendo assim, verifica-se a validade dos negócios jurídicos firmados entre incorporador e adquirentes de unidades condominiais, pela conjugação dos elementos contidos no artigo 104 do Código Civil, a saber: agentes capazes, objeto (ou objetos) lícitos, possíveis e determinados, instrumentalizados por escritura pública ou contrato particular.

Digno de nota, entretanto, é o fato de que o objeto da avença imobiliária está determinado não somente pelas características e elementos componentes da unidade condominial adquirida, mas igualmente pela fração ideal especificada para o *apartamento*.⁴⁸³

Preceitua a Lei 4.591/1964 a correspondência existente entre a unidade condominial e sua base no solo do empreendimento.⁴⁸⁴ Afirma Aghiarian que “para o ordenamento jurídico, é indispensável a vinculação entre a unidade autônoma e o solo sobre o qual assenta o edifício, o que acontece pela fração ideal de terreno atribuída a cada unidade autônoma.”⁴⁸⁵

Esse fato tem relevância para o contexto deste escrito, pois os contratos firmados entre o incorporador e os adquirentes das unidades condominiais, ainda que não levados ao Registro de Imóveis para assegurar aos adquirentes o respectivo direito real, constituem aos aderentes da incorporação a garantia de que

⁴⁸² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 247.

⁴⁸³ “Por outro lado, o direito de propriedade assentado sobre a fração ideal constitui também coisa certa e determinada (portanto propriedade imobiliária), embora não localizada fisicamente. A fração ideal é parte do patrimônio do proprietário da unidade, e seus reflexos se fazem sentir de maneira mais vigorosa nos casos de perecimento do prédio, ou de desapropriação, além dos diferentes rateios de despesas e obrigações em geral.” MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 204.

⁴⁸⁴ Art. 29. (...) Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.

⁴⁸⁵ MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 204.

o incorporador não poderá modificar as frações ideais sem que consinta a totalidade dos condôminos.⁴⁸⁶

3.2 Alteração Irregular do Projeto de Incorporação Imobiliária e o Direito Fundamental à Propriedade

*A propriedade é imprescindível para o desenvolvimento da personalidade da pessoa, razão pela qual é necessário que o ordenamento jurídico a tutele amplamente.*⁴⁸⁷

Como visto anteriormente, o reconhecimento do direito de propriedade como direito fundamental tem suas raízes nos movimentos libertários dos séculos XVII e XVIII na Europa e nos Estados Unidos. Fincado na concepção da existência de direitos que são inerentes à natureza humana, universais, inatos ao homem, precedentes ao direito e à própria sociedade,⁴⁸⁸ o direito de propriedade se manifesta, dentre tais direitos, como um prolongamento da liberdade, como consequência do domínio natural que o homem exerce sobre seu corpo, sobre si mesmo.⁴⁸⁹

Por isso, a Constituição reconheceu o direito de propriedade como direito fundamental,⁴⁹⁰ assim pretendendo que os poderes públicos a ele observassem com maior rigor, abstendo-se de sua limitação, salvo para a salvaguarda de outros direitos de mesma relevância.⁴⁹¹

⁴⁸⁶ “A aprovação deverá alcançar a unanimidade dos condôminos.” MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 205.

⁴⁸⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. p. 93.

⁴⁸⁸ Leciona Ruffia que “a propriedade integra o resíduo de liberdade natural que restou ao homem em face da liberdade sacrificada para a construção do Estado.” RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional: instituições de direito público*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 517.

⁴⁸⁹ Nesse sentido, explica Roger Stiefelmann Leal: “o trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele e nenhum outro homem pode ter direito ao que foi conseguido”, ao menos sem o consentimento do proprietário. O direito de propriedade, em sua origem, importa no domínio sobre o resultado obtido pelo homem, a partir de seu trabalho. LEAL, Roger Stiefelmann. *A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias*. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496577>>. Acesso em: 23 mar. 2017. p. 55.

⁴⁹⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade;”

⁴⁹¹ Neste contexto se insere a denominada *função social da propriedade*, no exercício legítimo da propriedade privada, assegurado seu gozo sem que implique ofensa à liberdade de outrem. “Essa

É nesse contexto que deve ser avaliada a discussão proposta neste escrito, acerca das consequências da alteração do projeto de incorporação imobiliária, que implique diminuição da fração ideal de propriedade dos adquirentes, sem que, com isso concorde a unanimidade do corpo condominial, posto que ofensiva à Lei especial e à propriedade dos compradores.⁴⁹²

Já se abordou, em linhas anteriores, o dever que possui o incorporador de ater-se, detidamente, ao projeto de edificação que negociou com os adquirentes. Menciona Pereira que, uma vez firmadas as propostas iniciais de aquisição das unidades da incorporação, as quais normalmente ocorrem previamente ao início das obras, a essas propostas o incorporador se vinculará permanentemente e delas não poderá se afastar, salvo por consentimento unânime daqueles que a aderiram⁴⁹³ – não sem responder pelas consequências de sua conduta ilegal.⁴⁹⁴

É cediço que as obras de incorporação imobiliária envolvem vultosas quantias em dinheiro, mesmo em face dos empreendimentos mais simples. Por isso, não faltou quem buscasse locupletar-se à custa do barateamento da obra, da supressão

relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 277.

⁴⁹² Acerca da proteção que o Estado deve conferir aos direitos fundamentais e da assertividade com que devem ser tratadas as afrontas a tais direitos, pelo ordenamento jurídico, preleciona, eminentemente, Oliveira: “Essa assertiva se intensificaria se partimos do pressuposto de que um Estado Democrático de Direito é um Estado “amigo” e não um traidor dos direitos fundamentais, porquanto comprometido com a efetivação e proteção desses direitos da coletividade, de maneira a prever instrumentos eficazes para que tais violações sejam, ainda que não totalmente impedidas (o que seria impossível), pelos menos coibidas eficientemente e reparadas. OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015. p. 94. Especificamente tratando sobre a impossibilidade de modificação não unânime do projeto de incorporação imobiliária, conferir RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 484.

⁴⁹³ Ressalte-se, por óbvio, que as modificações decorrentes de determinação do Poder Público não se inserem entre as que a Lei 4.591/1964 proíbe ao incorporador, salvo autorização unânime dos condôminos. Conferir artigo 43, IV. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 250.

⁴⁹⁴ “Habitualmente, o ponto de partida das relações contratuais entre incorporador e adquirente é uma proposta firmada por este. Aqui não difere ele dos demais contratos. Após as negociações preliminares (*pourparlers, trattative*), que não obrigam a não ser naqueles casos em que geram a chamada obrigação pré-contratual, a que os autores emprestam o necessário desenvolvimento, todo contrato tem início pelo proposta. Por uma inversão de posições, entretanto, o incorporador, aquele que promove o negócio, coloca-se na situação de *oblato*, transferindo-se à outra parte a autoria da proposta, ainda quando esta se materializa em um impresso que o candidato recebe para assinar. Os anúncios do incorporador, as vantagens apregoadas do negócio, as prospectos ilustrados que os difundem podem, então, ser considerados como *invitatio ad offerendum*, quer dizer, convites para que lhe sejam dirigidas propostas. Firmada a do candidato à aquisição da unidade, logo lhe nascem as obrigações correspondentes, pois segundo a regra do Código, a proposta de contrato obriga o proponente. Embora ainda não haja contrato, já existe a obrigação, originada na proposta mesma, que o proponente já não tem mais faculdade de retirar, sob pena de responder pelas suas consequências.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 268.

de elementos do edifício, ou, ainda, do aumento do número de unidades da incorporação para disso extrair vantagens, ampliando seu lucro.⁴⁹⁵

É bem verdade que o registro da incorporação imobiliária, na forma do artigo 32 da Lei de Incorporações, constitui mera formalidade a que está obrigado a cumprir o incorporador. Isso acontece com a finalidade de dar publicidade *erga omnes* da incorporação, permitir a fiscalização de sua atividade pelo Poder Público e pelos adquirentes e propiciar aos adquirentes a inscrição de seus respectivos contratos, no Registro de Imóveis, para a garantia real estabelecida no artigo 35 da Lei – direito real do promissário comprador.⁴⁹⁶

Verdade também é que esse registro não possui natureza jurídica constitutiva. Não cria a incorporação.⁴⁹⁷ Definitivamente, ela não nasce do cumprimento, pelo incorporador, das formalidades legais que culminam após a qualificação registral dos documentos no seu registro na matrícula imobiliária do terreno onde será edificada.⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 314-343. p. 316.

⁴⁹⁶ Avvad, discorrendo acerca da finalidade do registro do memorial de incorporação, leciona: “(...) o registro do memorial de incorporação tem, portanto, diversas finalidades, cabendo destacar: (i) é uma proposta irrevogável de contrato, significando dizer que detalha os compromissos e obrigações do incorporador perante aqueles que adquirirem unidades no empreendimento; (ii) preenche o requisito da publicidade e, assim, passa a valer *erga omnes*, caso não haja a retratação dentro do prazo fixado, se esta estiver expressamente prevista; (iii) torna-se documento público, possibilitando a qualquer interessado a obtenção de cópias e a verificação do cumprimento das obrigações, de qualquer natureza, assumidas pelo incorporador; e (iv) aperfeiçoa-se com a aceitação por parte do adquirente, o que se dá com a aquisição da fração de terreno e contratação da construção das acessões correspondentes à futura unidade. AVVAD. Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 586. Em complemento, ouça-se a docência de Chaves a respeito do contrato de incorporação: “(...) podemos conceituar o contrato de incorporação como aquele pelo qual o incorporador assume, diretamente, ou valendo-se da atividade de terceiro, o compromisso de construir unidades isoladas ou conjuntos de unidades, para fins residenciais ou não, com a finalidade específica de transferi-las, acompanhadas das partes ideais de terreno e das áreas de utilização comum, aos interessados na sua aquisição, obedecidas as determinações da lei e a convenção de condomínio (...)”. CHAVES, Antonio. Incorporação imobiliária. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 204-242. p. 225.

⁴⁹⁷ Para esclarecimento acerca da natureza declaratória do ato registral, do memorial de incorporação imobiliária, transcreve-se a lição de Rodrigues: “Somente após o registro da incorporação, feito dentro das normas previstas na legislação em vigor (Lei 4.591/64 e 6.015/73), são aceitos e examinados os pedidos de registro ou de averbação dos atos negociais do incorporador sobre as unidades autônomas ao mesmo integradas.” RODRIGUES, Marcelo Guimarães. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 210.

⁴⁹⁸ Afirma Marques: “Nesse sentido, destaco a orientação da 4ª turma do STJ, que me parece basilar nesse setor: a omissão do incorporador não deve constituir estímulo ou vantagem para ele, de modo a fazê-lo perder a sua qualidade de incorporador e exonerá-lo de seus deveres e responsabilidades decorrentes da lei (especial e do CDC) e do contrato.” E prossegue, a mesma autora, com precisão: “No excelente voto, o relator Min. Bueno de Souza baseia-se em decisão do

Como se viu nas linhas anteriores, o contrato de incorporação imobiliária é consensual e deflui da prática das atividades preestabelecidas nos artigos 28 a 31 e 68 da Lei 4.591/1964.

Conquanto a ausência desse registro, no Ofício de Imóveis respectivo, torne vulneráveis os adquirentes à mais variada gama de modificações unilaterais pelo incorporador – em face deste já vigoram as obrigações legais⁴⁹⁹ –, as consequentes garantias previstas aos adquirentes inibem eventuais abusos.⁵⁰⁰

Ouçá-se a lição de Pereira:

A responsabilidade pela incorporação, ainda que sem registro, está contemplada, mesmo de maneira indireta, no parágrafo único no art. 29 e, assim, mesmo sem arquivar o Memorial de Incorporação, o incorporador responde objetivamente pela consecução do negócio, devendo indenizar os prejuízos que causar, independentemente de culpa.⁵⁰¹

A qualidade de *incorporação imobiliária* advém ao negócio imobiliário não a partir de seu registro público, na forma do artigo 32 da Lei 4.591/64, mas pela prática da atividade prevista na Lei (artigo 28, parágrafo único). A natureza jurídica do ato registral é meramente declaratória. Não cria a incorporação imobiliária – apenas dá

TACivSP (RT434/167) e ensina: “Aceitar razões especiosas para subtrair o contrato da disciplina legal obrigatória, ou a transigência desavisada de compromissário comprador seduzido pela excelência aparente do negócio, será tornar inútil a lei de atos propósitos no campo dos negócios imobiliários e que, eficazmente, procurou defender a economia popular.” E complementa no sentido de que recusar-se a identificar o agente como incorporador “equivale mesmo a negar vigência ao art. 29” da Lei 4.591/1964, bem como “permitir se possa extrair vantagem, precisamente, da ausência do registro imobiliário do projeto de incorporação (...)”. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 469.

⁴⁹⁹ Marques anota, no tocante à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Relembre-se aqui a firme jurisprudência no sentido da abusividade da cláusula que permite desonerar o incorporador pelo atraso da obra ou sua diferença em relação ao projeto.” MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 466.

⁵⁰⁰ “(...) Um dos abusos mais frequentes é a alteração do plano de edificação, com o acréscimo de mais unidades autônomas, que reduz a participação dos titulares originários nas partes e coisas de uso comum. Aparentemente, nenhum prejuízo ocorre para o condômino com o aumento de mais um andar, com a transformação de um terraço em área construída, ou mesmo coma venda de áreas livres para estacionamento e outras alterações análogas (...). Enquanto o incorporador avante seus proveitos, aumentando as áreas vendáveis, os primeiros aderentes à incorporação veem reduzido o valor real de suas propriedades com o ingresso na comunhão de titulares das unidades ainda não constantes do projeto inicial.” FRANCO, J. Nascimento. Problemas de direito imobiliário: inovações e inovações em matéria de incorporação de edifícios em condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas e essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 383-387. p. 384.

⁵⁰¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 279.

notícia, *erga omnes*, das pretensões do incorporador para aquele determinado negócio.⁵⁰²

Mesmo antes de promulgada a Lei 4.591/64, quando ainda os juristas entalhavam sua classificação jurídica, e os contornos de suas responsabilidades e deveres, Pereira, autor do anteprojeto do qual resultou a referida lei, já proclamava a impossibilidade de alteração do projeto de construção, inicialmente ofertado aos adquirentes.⁵⁰³

Chaves, discorrendo sobre a impossibilidade de alteração unilateral de quaisquer das características da proposta ou contrato de venda e compra de unidade autônoma na incorporação imobiliária, afirma que “toda a regulamentação legal objetiva, em última análise, visa proteger os adquirentes das unidades isoladas, tantas vezes vítimas inermes de “arreglos” e trapaças”.⁵⁰⁴

A falta de registro do memorial de incorporação (donde consta o *projeto*), ao qual já aderiram certo número de compradores (ou apenas um), não pode constituir incentivo para que o incorporador altere deliberadamente o projeto de construção, à revelia dos adquirentes, sem que nenhuma sanção lhe advenha. Ao reverso, a

⁵⁰² Confira-se, a esse respeito, artigo da lavra de Silva Filho, eminente registrador imobiliário que, discorrendo acerca das disposições legais da Lei 4.591/1964 sobre a obrigatoriedade do registro da incorporação e da frequente infração dos incorporadores a essa determinação, assim consignou: “(...) o que está escrito na lei é diária e impunemente descumprido pelos incorporadores, sem que nada lhes aconteça. Abram-se os jornais, leiam-se os anúncios de incorporações de prédios em condomínios e verifiquem se há qualquer menção do registro da incorporação no Cartório de Registro de Imóveis respectivo. (...) A inexistência de uma efetiva sanção pela falta de registro da incorporação deixa completamente desamparado aquele que contrata com o incorporador ou com o proprietário do terreno, para participar da construção de um edifício que objetiva a instituição de um condomínio em unidades autônomas.” SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 314-343. p. 321.

⁵⁰³ “(...) O incorporador é, ainda, obrigado a dar fiel execução ao plano da construção, sem alterar o projeto, sem modificar as especificações, sem suspender os trabalhos. É evidente que, oferecido à aquisição um edifício, seja por anúncios públicos (imprensa, rádio, televisão), seja por oferta particular (visita de corretores, envio de prospectos), o candidato anuiu ao negócio porque lhe satisfaz o conjunto de requisitos da edificação: o local, prazo de entrega, esquema de pagamento, divisão dos andares, especificações de acabamento. Estes elementos integram o contrato, ou explicitamente quando a proposta os menciona, ou implicitamente, como fatores causais do ato negocial. Incorporados que ficam ao contrato bilateral, não podem ser unilateralmente modificados, isto é, não pode o incorporador alterá-los, ainda sob pretexto de ser mais conveniente ao grupo, nem mesmo com a aprovação de alguns dos candidatos. Há um contrato bilateral, em que as obrigações são determinadas, e como uma das partes é formada da totalidade dos subscritores, somente a unanimidade do voto é hábil a conceder ao incorporador o direito de introduzir modificações.(...)” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade Horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961. p. 170.

⁵⁰⁴ CHAVES, Antonio. Incorporação imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 204-242. p. 226.

modificação segue a regra legal: depende do consenso unânime dos interessados. E na falta da unanimidade, implicará *negócio* expressamente vedado pela lei – nulo de pleno direito, por consequência.⁵⁰⁵

Ao adquirir unidade condominial, de incorporação imobiliária, o aderente não somente se interessa pelo *apartamento* (porque mais tarde não poderá extremá-lo do grupo), mas pelo conjunto de equipamentos e itens que compõem o condomínio. É a obra, em sua totalidade, que espera receber ao final do tempo prefixado para a construção.⁵⁰⁶

Por isso, a modificação em contexto provoca indiscutível infração ao contrato de incorporação imobiliária firmado entre incorporador e adquirentes, ainda que não levado ao Registro de Imóveis,⁵⁰⁷ e deve implicar infração ao direito fundamental de propriedade, dos adquirentes, e ser, por ambos os motivos, fulminado pela nulidade absoluta.⁵⁰⁸

Veja-se o que preceitua o artigo 166, VII, do Código Civil, em cotejo com os artigos 43, IV, e 49, *caput*, da Lei 4.591/1964:

⁵⁰⁵ Conferir artigos 43, IV, e 49 da Lei 4.591/1964, combinados com o art. 166, VII, do Código Civil.

⁵⁰⁶ Caio Mario chamou a atenção ao grave problema que a falta de regulamentação dessa matéria gerava, pois não havia instrumento legal que definisse as obrigações assumidas pelo incorporador, frente aos adquirentes da incorporação: “(...) o candidato anuiu ao negócio porque lhe satisfaz o conjunto de requisitos da edificação: loca, prazo de entrega, esquema de pagamento, divisão de andares, especificações de acabamento. Estes elementos integram o contrato, especificamente quando a proposta os menciona, ou implicitamente, como fatores causais do ato negocial. Incorporados que ficam ao ato negocial, não podem ser unilateralmente modificados, isto é, não pode o incorporador alterá-los, ainda sob pretexto de ser mais conveniente ao grupo, nem mesmo com a aprovação de alguns dos candidatos. Há um contrato bilateral, em que as obrigações são determinadas, e como uma das partes é formada da totalidade dos subscritores, somente a unanimidade do voto é hábil a conceder ao incorporador o direito de introduzir modificações (...)”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961.p. 170.

⁵⁰⁷ Afirma Franco, em excelente artigo sobre as inovações em matéria de incorporação imobiliária, que “essa é uma das maneiras mais comuns de burla aos contratos originários. Há outras como já dissemos. Todas elas, porém, são vetadas expressamente pelo inciso IV do art. 43 da lei 4.591, de 1964 (...)”.FRANCO, J. Nascimento. Problemas de direito imobiliário: novações e inovações em matéria de incorporação de edifícios em condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 383-387. p. 384.

⁵⁰⁸ “(...) não basta o conhecimento das leis, a interpretação da disposição legislativa, nem reconstruir os institutos, os conceitos e então o sistema; é necessário confrontar o sistema com o fato, a realidade social, os problemas concretos. E para o conhecimento do fato, de cada vicissitude a regular – fisiologicamente, em função preventiva – ou a julgar – patologicamente, em caso de efetivo conflito, no momento da função por assim dizer, mediadora e harmonizadora ou arbitral – é necessário sempre, em uma ou outra hipótese, confrontar o sistema normativo com a realidade dos fatos, a ciência e a prática. Sob esse perfil, a interpretação jurídica não é tanto aquela doutrinária, feita sobre os livros e sobre as proposições linguísticas, quanto aquela jurisprudencial na qual este confronto é inerente e de caráter dialético.” PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

(...)

VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 43. 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:

(...)

IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal;

Art. 49. Os contratantes da construção, inclusive no caso do art. 43, para tratar de seus interesses, com relação a ela, poderão reunir-se em assembléia, cujas deliberações, desde que aprovadas por maioria simples dos votos presentes, serão válidas e obrigatórias para todos êles salvo no que afetar ao direito de propriedade previsto na legislação.

Ora, se a Lei especial veda expressamente ao incorporador a modificação do projeto de incorporação imobiliária sem que o consinta a unanimidade dos adquirentes, e o incorporador ousa alterá-lo sem unanimidade, fica sujeito à cominação legal decorrente da infração à Lei: a nulidade absoluta.⁵⁰⁹

E diga-se, quanto ao *negócio* que a lei proíbe praticar, sem cominar sanção (inciso VII do artigo 166), que, no caso da modificação desautorizada do projeto de incorporação, justifica-se na medida da impossibilidade jurídica de seu objeto.

Veja-se que a modificação das frações ideais tem consequência, como se verá adiante, na propriedade de cada um dos aderentes da incorporação. Desse modo, se, unilateralmente ou mediante a aprovação da maioria dos adquirentes, o incorporador modifica o projeto de incorporação imobiliária, o objeto desse novo negócio jurídico é impossível, considerando que faltam as frações ideais preteridas na deliberação, sem as quais o quadro de áreas do empreendimento não se completa.⁵¹⁰

Em Gomes se tem a lição de que a nulidade absoluta é defeito insanável do negócio jurídico, porque implica a negação dos requisitos do art. 104 do Código

⁵⁰⁹ Afirma Franco: “Diante de tais pressupostos, conclui-se que nenhuma alteração no plano inicial a incorporação imobiliária, particularmente, no que se reporta à construção do edifício, pode ser feita pelo incorporador, mesmo que êle conte com a maioria dos condôminos. De fato, num complexo jurídico no qual cada interessado é a um só tem titular de direito de propriedade e de co-propriedade, faltam à maioria, ainda que absoluta, condições legais para dispor sobre a coisa materialmente considerada ou o título de que se reveste o primeiro dêesses direitos, na forma do que dispõe o art. 49, parte final, da lei n. 4.591, de 1964.” FRANCO, J. Nascimento. Problemas de direito imobiliário: novações e inovações em matéria de incorporação de edifícios em condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 383-387. p. 385.

⁵¹⁰ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 473.

Civil.⁵¹¹ E, nesse caso específico, ao modificar o objeto do contrato (frações ideais correspondentes a unidades condominiais) sem contar com a unanimidade dos adquirentes, estará o incorporador, unilateralmente ou em conjunto com certo grupo de proprietários, deliberando sobre propriedade alheia. Daí advém a nulidade absoluta de versar a modificação do projeto, sem unanimidade, sobre objeto juridicamente impossível, considerando a propriedade alheia dos condôminos preteridos.⁵¹²

Se aos adquirentes for possível exigir do incorporador o cumprimento do projeto original (por não ter concluído as obras da incorporação), a consequência para as alterações por ele inseridas no projeto de construção deve ser a nulidade absoluta, buscada judicialmente – especialmente se já se acharem registrados no Registro de Imóveis os documentos do novo projeto de incorporação, no que terão os adquirentes as provas da modificação unilateral constituídas no cotejo com os contratos primitivos em poder dos compradores. Contudo, se as modificações forem identificadas somente após o término das obras, a consequência, fatalmente culminará em obrigação de indenizar, por parte do incorporador.⁵¹³

Quer-se com isso dizer que o incorporador deverá obedecer estritamente ao conteúdo dos contratos que firmou com os adquirentes, pois qualquer alteração no objeto do negócio imobiliário que implique ofensa ao contrato dos compradores primevos, notadamente quanto às frações ideais de cada aderente, eivará de nulidade absoluta, por insofismável afronta à lei, o novo projeto de incorporação.⁵¹⁴

Preleciona Rizzardo⁵¹⁵ o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da modificação das frações ideais de titulares de unidades condominiais:

⁵¹¹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁵¹² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 474.

⁵¹³ Conferir Código de Processo Civil: “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”

⁵¹⁴ Rizzardo, ao enfrentar diretamente a alteração do projeto de construção do prédio, encerra: “Quaisquer alterações do projeto e, por conseguinte, da construção, dependem obrigatoriamente da concordância unânime dos interessados, como se depreende do artigo 43, inciso IV, da Lei 4.591/1964. Considera-se nula toda inovação procedida pelo incorporador igualmente às cláusulas contratuais que delineias as especificações materiais do imóvel ou a titularidade jurídica do condomínio”. RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.p. 484. Conferir, no mesmo sentido: MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 204.

⁵¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014., p. 484. Conferir, no mesmo sentido AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 260.

para modificar ou afrontar direito de cada condômino sobre as coisas comuns, alterar o destino da fração autônoma do prédio, não basta o voto da maioria, mas necessário é o assentimento de todos os consortes.⁵¹⁶

E Santos doutrinava, desde o tempo da vetusta Lei 5.481/1928, no mesmo sentido do julgado:

para modificar ou afrontar o direito de cada um sobre as coisas comuns, ampliar as vantagens de um só (...) mudar o destino da casa ou de fração autônoma da mesma, alterar o estilo ou a estética do edifício, introduzir melhoramentos onerosos pelo alto custo da instalação e aumento de despesas de conservação e custeio (...), estabelecer, em prédio destinado à habitação, oficina ou indústria rumorosa, ou suscetível de causar explosões, maus odores, ou o surto de fumo ou gases: para legitimar qualquer desses excessos de aproveitamento, uso e gozo, não basta o voto da maioria; é de rigor o consenso de todos os coproprietários. No tocante às inovações graves, algures minuciosamente expostas e acima resumidas (...), vige o apoftêgma sapientíssimo: *quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur* – “o que a todos respeita semelhantemente, fica dependente da aprovação de todos.”⁵¹⁷

Com isso, tem-se, por certo, que as modificações inseridas pelo incorporador no projeto de incorporação imobiliária sem o consentimento unânime dos interessados devem ser consideradas nulas de pleno direito –sejam alterações unilaterais ou, ainda, aprovadas por certo número de interessados. Também é vedada a alteração do projeto, pela Lei de Incorporações Imobiliárias, salvo se aprovadas pela unanimidade dos interessados, por representar(essa conduta do incorporador) violência à lei e ao direito fundamental de propriedade dos adquirentes, uma vez que tais alterações encontram embargos no direito de propriedade exclusiva dos adquirentes, cuja aprovação foi preterida pelo incorporador.

⁵¹⁶ 1. INCORPORAÇÃO. CONDOMINIO. DECRETO N. 5.481/28. PARA MODIFICAR OU AFRONTAR DIREITO DE CADA CONDOMINO SOBRE AS COISAS COMUNS, ALTERAR O DESTINO DE FRAÇÃO AUTONOMA DO PREDIO, NÃO BASTA O VOTO DA MAIORIA, MAS NECESSARIO E O ASSENTIMENTO DE TODOS OS CONSORTES. 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 71285, Relator(a): Min. ANTONIO NEDER, Segunda Turma, julgado em 18/10/1974, DJ 18-11-1974 PP-08587 EMENT VOL-00967-01 PP-00091)

⁵¹⁷ SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947. p. 189.

4 APONTAMENTOS SOBRE AS GARANTIAS AOS ADQUIRENTES NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Como visto ao longo deste escrito, o contexto dos negócios imobiliários antes da vigência da Lei 4.591/1964 deu ensejo a um texto normativo de caráter eminentemente protetivo ao adquirente de unidade condominial em incorporação imobiliária, com a finalidade de alçá-lo da posição de vulnerabilidade, em relação ao incorporador.⁵¹⁸

Ao disciplinar a atividade incorporativa, a Lei 4.591/1964 trouxe aos adquirentes importantes ferramentas de proteção contra o arbítrio de incorporadores mal-intencionados, antes frequentes nesses negócios.⁵¹⁹

Adiante, seguem elencadas as garantias mais evidentes aos adquirentes de unidades em incorporação imobiliária, com destaque para o fato de que apenas algumas, a serem sinalizadas, se aplicam aos contratos firmados em incorporação que se desenvolve irregularmente.

Por constituir escopo deste escrito a análise desse tipo de incorporação imobiliária, as garantias exclusivamente afeitas à incorporação regular serão tratadas de modo sucinto, a fim de não induzir a erro o leitor.

4.1 Obrigatoriedade de Arquivamento do Memorial de Incorporação no Registro de Imóveis Respectivo

A obrigatoriedade do arquivamento dos documentos referidos no art. 32, da Lei 4.59/1964, relativos à incorporação imobiliária, constitui uma das mais relevantes garantias criadas pela Lei, para permitir aos adquirentes a inscrição de seu contrato no fôlio real e a efetiva fiscalização da incorporação pelos próprios adquirentes e pelo poder público, e deve ser processada pelo incorporador antes do início da comercialização do empreendimento.⁵²⁰

⁵¹⁸ Afirma Rizzardo: “Está saliente que a Lei 4.591/1964 estrutura um sistema de proteção ao adquirente.” RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 227.

⁵¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 277.

⁵²⁰ MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 91.

Prelecionam Azevedo e Melo que precedente mesmo ao início da divulgação das unidades imobiliárias, deve o incorporador cumprir exigências de natureza contratual e formal junto ao registro de imóveis, da circunscrição imobiliária do bem onde será erigida a incorporação, a fim de propiciar a todos quantos se interessarem franco acesso à totalidade dos documentos correspondentes à incorporação.⁵²¹

A natureza jurídica do ato é meramente declaratória,⁵²² e se faz por meio do registro dos documentos respeitantes à incorporação, e da averbação de eventuais excepcionalidades, como a existência de ações reais ou pessoais em face do incorporador, e deve constar o seu número de ordem na matrícula do lote de terreno onde a incorporação será edificada, de todos os documentos de publicidade e contratos realizados.⁵²³

Discorrendo acerca do papel do registrador de imóveis no aperfeiçoamento da incorporação imobiliária, Franco afirma que as exigências contidas no art. 32, da Lei 4.591/1964 têm “[...] o propósito de resguardar a legalidade do processo das incorporações de edifícios em condomínio, bem como a segurança dos interessados na aquisição de suas unidades autônomas [...]”.⁵²⁴

Tanto que a desobediência a essa disposição sujeita o incorporador à prática de contravenção relativa à economia popular, ainda que pela simples elaboração de contratos preliminares de reserva de unidades.⁵²⁵ Os estudos de viabilidade do empreendimento devem ser realizados pelo incorporador de forma a não comprometer unidades futuras, sem que exista o registro da incorporação inscrito na matrícula do terreno onde se fará a edificação.⁵²⁶

⁵²¹ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 474.

⁵²² RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 287.

⁵²³ AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 474.

⁵²⁴ FRANCO, J. Nascimento. *Contribuição do oficial de registro de imóveis para o aperfeiçoamento da incorporação imobiliária*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 389-402. p. 389.

⁵²⁵ “Não é lícito nem mesmo elaborar contratos preliminares contemplando a obrigação de registro futuro da incorporação. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado no Cartório competente de Registro de Imóveis o título de propriedade do terreno e outros documentos elencados no art. 32 da Lei 4.591, de 1964.” MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 92.

⁵²⁶ “A chamada “reserva”, com o recebimento de valores ou garantias constitui, na verdade, modalidade de contrato preliminar, hoje regulado pelo art. 462, e seguintes do CC/20011, assim considerado aquele ajuste que, exceto quanto à forma, contem todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado. Essa espécie de ajuste, a nosso ver, afronta o *caput* do art. 32 da Lei de Condomínio e Incorporação, que abrange toda a negociação relativa a unidades condominiais

É Mezzari quem chama a atenção para o fato de que poucos incorporadores efetivamente cumprem as formalidades do art. 32, previamente ao início das negociações do empreendimento. E atribui esse fato à inexistência de órgãos municipais com designação específica de fiscalização de obras de incorporação imobiliária.⁵²⁷

E é nesse contexto que se assenta a relevância do presente estudo. No fato de que uma vez iniciadas as alienações de unidades condominiais, a serem construídas ou em fase de construção, e bem assim, a divulgação em informes publicitários, de incorporação imobiliária, sem que haja o cumprimento desta relevante imposição legal, estar-se-á diante de incorporação imobiliária irregular.⁵²⁸

4.2 Responsabilidade Solidária entre Incorporador e Construtor pela Solidez e Segurança da Edificação

Outra importante garantia aos adquirentes é expressa na responsabilidade solidária entre incorporador e construtor, pela solidez e segurança da edificação, prevista no art. 31, § 3º, da Lei 4.591/1964. Justifica-se a solidariedade pela imperiosa prevenção da incolumidade coletiva e pelo fato de que o incorporador se fez substituir pelo construtor, em obrigação que inicialmente lhe incumbia, em razão do contrato de incorporação.⁵²⁹

Tal responsabilidade está adstrita ao conteúdo da Súmula 194, do Supremo Tribunal Federal: “Prescreve em 20 (vinte) anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra.” Contudo, observa Rizzardo⁵³⁰ que o prazo decadencial contido no art. 618, do Código Civil, se reinicia a cada novo defeito que surge, dentro do prazo máximo de prescrição vintenária, devendo o adquirente

autônomas.” CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação imobiliária: ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 73.

⁵²⁷ MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 92, 93.

⁵²⁸ Lê-se em Rizzardo: “Antes do registro está proibida não só a venda, como também a promessa de cessão, as cartas-propostas, recibos de opção, procurações com poderes para adquirir, e a reserva de unidade, por estar subjacente uma proposta de venda. (...)” RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 287.

⁵²⁹ AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 603. Nesse sentido, conferir CAVALIERI, Sergio Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 357.

⁵³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 518.

reclamar a reparação nos 180 dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de extinção do direito, relativamente ao defeito descoberto.⁵³¹

Há, no entanto, que se excepcionar a responsabilidade solidária do incorporador na hipótese em que os próprios adquirentes, por meio do Conselho de Representantes, contratam diretamente o construtor, sem que da administração da edificação participe o incorporador. Neste caso, não haverá responsabilidade solidária do incorporador, tendo em vista que a eleição do construtor, e a fiscalização de sua obra, se deram exclusivamente pelo Conselho de Representantes.⁵³²

4.3 Assembleia Geral dos Adquirentes

A Assembleia Geral dos Adquirentes⁵³³ está regulamentada pelo artigo 49 da Lei 4.591/1964 e nasce da evidente afinidade de interesses existente entre os adquirentes de unidades na incorporação imobiliária. É órgão que desenvolve papel de representação do corpo condominial frente ao incorporador, e a quem mais, eventualmente, se faça necessário.⁵³⁴

4.4 Comissão de Representantes dos Adquirentes

A Comissão de Representantes também constitui órgão de representação dos adquirentes; contudo, sua atuação fiscalizatória é mais incidente, dado o fato de que se compõe de apenas três membros, eleitos em assembleia para essa finalidade. A

⁵³¹ Art. 618. Decairá do defeito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos 180 (cento e oitenta) dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

⁵³² Eis a lição: "(...) Todavia, na incorporação em que os condôminos, através do Conselho de Representantes contratam diretamente a construção, sem que se delegue ao incorporador a administração, embora tenha ele providenciado na organização até a implantação da obra, não se lhe cominam as decorrências dos vícios de construção." RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 517.

⁵³³ Art. 49. Os contratantes da construção, inclusive no caso do art. 43, para tratar de seus interesses, com relação a ela, poderão reunir-se em assembléia, cujas deliberações, desde que aprovadas por maioria simples dos votos presentes, serão válidas e obrigatórias para todos êles salvo no que afetar ao direito de propriedade previsto na legislação.

⁵³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 405.

eles incumbe o acompanhamento da construção – até a sua entrega aos aderentes.⁵³⁵

Disciplinada pelo artigo 50 da Lei 4.591/1964, à Comissão incumbe substituir o incorporador e dar conclusão à incorporação, alienando unidades, gerenciando e administrando em lugar do incorporador.⁵³⁶

Frise-se que a Comissão de Representantes somente tem lugar na incorporação imobiliária devidamente regularizada no Registro de Imóveis da circunscrição do empreendimento, dada a sua natureza de órgão de representação, administração e fiscalização, podendo, inclusive, receber mandato dos adquirentes em casos de substituição do incorporador.⁵³⁷

4.5 Patrimônio de Afetação

Outra importante garantia aos adquirentes, unicamente aplicável à incorporação imobiliária registrada no Ofício de Imóveis, é a constituição de patrimônio de afetação, pelo incorporador, para assegurar aos adquirentes exclusividade creditícia, sobre determinado bem, em caso de falência.⁵³⁸

A afetação tem a precípua finalidade de guarnecer a incorporação imobiliária de eventual insucesso, garantindo aos adquirentes a qualidade de credores preferenciais sobre o bem afetado, para ressarcimento de eventuais prejuízos sofridos.⁵³⁹ Ingressou no ordenamento jurídico pátrio, por intermédio da Lei 10.931/2004, e acrescentou à Lei 4.591/1964 os artigos 31-A a 31-F.

⁵³⁵ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. Conferir, também: RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 408.

⁵³⁶ Art. 50. Será designada no contrato de construção ou eleita em assembléia geral uma Comissão de Representantes composta de três membros, pelo menos, escolhidos entre os adquirentes, para representá-los perante o construtor ou, no caso do art. 43, ao incorporador, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação, e, em especial, perante terceiros, para praticar os atos resultantes da aplicação dos arts. 31-A a 31-F.

⁵³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 409.

⁵³⁸ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 260. Conferir também MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011. p. 138. Conferir, também: ROCHA, Mauro Antonio. O regime da afetação patrimonial na incorporação imobiliária. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 511-527. p. 316.

⁵³⁹ AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed., ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 607.

4.6 Impossibilidade de Alteração do Projeto da Incorporação Imobiliária sem Consenso Unânime dos Adquirentes

Por derradeiro, constitui garantia aos adquirentes a impossibilidade de alteração do projeto de incorporação imobiliária pelo incorporador, salvo se houver aprovação unânime dos interessados – tema que se falou especificamente em tópico anterior deste escrito.⁵⁴⁰

⁵⁴⁰ Art. 43. 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. (...) IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal; Art. 49. Os contratantes da construção, inclusive no caso do art. 43, para tratar de seus interesses, com relação a ela, poderão reunir-se em assembléia, cujas deliberações, desde que aprovadas por maioria simples dos votos presentes, serão válidas e obrigatórias para todos êles salvo no que afetar ao direito de propriedade previsto na legislação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No encadeamento deste escrito, viu-se que a incorporação imobiliária e o incorporador são caracterizados pela *atividade* de comercializar unidades condominiais, ainda por construir ou em construção, nos moldes dos artigos 28 a 31 e 68 da Lei 4.591/1964. Além disso, inferiu-se que essa norma veio dar disciplina jurídica a essa atividade em todo o território nacional, para que todos os problemas derivados da conduta do incorporador (a *atividade*) ou do resultado material da incorporação (a *edificação*) sejam apreciados e dirimidos segundo seus ditames.

Viu-se que a incorporação imobiliária é contrato típico e consensual que deriva da atividade do incorporador, que pratica os atos pré-definidos na referida Lei. E sua validade, como negócio jurídico, decorre, simplesmente, de ser o seu objeto contratual lícito, possível e determinado, e de serem as partes capazes, independentemente da forma do instrumento, se pública ou particular, uma vez que a lei não estabeleceu formalidade ou solenidade específica para a instrumentalização dessa modalidade contratual.

Inicialmente concebida a partir da necessidade de acomodação do grande número de pessoas que buscavam os centros urbanos para neles trabalhar e residir, a incorporação imobiliária é a mais frequente das formas de constituição do condomínio *pro diviso*, em que há frações ideais de uso exclusivo e de uso comum pelos proprietários (artigo 29, parágrafo único, da Lei 4.591/1964).

E o contexto social dos tempos hodiernos tende a justificar a sua massificação, posto que a proliferação de condomínios ao redor de todo o país tem se intensificado na medida em que aumentam os rumores de ofensa à propriedade privada e de ameaça de lesão à propriedade isolada.

A incorporação é, também, uma das mais democráticas formas de acesso à propriedade imobiliária, considerando que, em regra, os pagamentos são facilitados por se fazerem em parcelas durante o período da construção.

Ademais, a incorporação imobiliária dá ensejo ao que há de mais essencial na sociedade: o espírito de cooperação e mútua proteção, para preservação do bem-estar e de interesses coletivos.

Daí a relevância jurídica de se depurarem, quanto mais possível, sua disciplina e qualificação, e descer à miúdo sobre cada um de seus elementos, a fim de melhorar o instituto e ofertá-lo de modo mais aprimorado à sociedade.

Repise-se que esse instituto traz em seu bojo uma função social imanente, que se manifesta (dentre muitas outras formas) pela intervenção do homem no ambiente, para atender às necessidades básicas de assentamento e consumo nos centros urbanos; no interesse da coletividade, de ordem ambiental e urbanística, frente ao adensamento demográfico; no exercício da propriedade em condomínio (especialmente nas partes de uso comum nos empreendimentos, que a cada dia mais se multiplicam em formas diferentes de lazer e serviços) e na possibilidade facilitada de acesso à propriedade imobiliária, frequentemente, residencial.

Disso resulta a abrangência e relevância coletiva do contrato de incorporação imobiliária e a natureza de direito fundamental dos direitos que emanam dessa modalidade contratual complexa.

E é nesse contexto que se insere a pouca relevância que tem a falta do registro da incorporação, como definido pelo artigo 32 da Lei 4.591/1964, para que os adquirentes de unidades condominiais possam gozar das mesmas prerrogativas e garantias que a Lei confere aos adquirentes em incorporação imobiliária regular.

Isso significa que os direitos contratuais que não podem ser alçados à categoria de direitos reais, dada a impossibilidade de seu registro, pela irregularidade da incorporação, mesmo assim possuem *status* de direito fundamental de propriedade devido ao fato de serem direitos de natureza patrimonial.

Viu-se que, apesar de se ter como regra, no direito pátrio, que a propriedade imobiliária se adquire com o registro do título translativo no Registro de Imóveis (conforme o artigo 1.245 do Código Civil), os direitos contratuais do adquirente de unidade condominial que não tem acesso ao fôlio imobiliário, em incorporação imobiliária irregular, devem ser tratados como patrimônio do seu titular e, por essa razão, devem ser interpretados como direito fundamental de propriedade.

Nesse diapasão, a alteração do projeto de incorporação imobiliária que não contar com a aprovação unânime dos adquirentes, mesmo em incorporação que se desenvolve irregularmente, deverá ser considerada como infração à Lei 4.591/1964 e violação ao direito fundamental à propriedade, por isso, deve ser punida severamente com a nulidade absoluta do ato de modificação.

Os artigos 43, IV, e 49, *caput*, da Lei 4.591/1964 proíbem expressamente a alteração do plano de incorporação sem o consentimento unânime dos interessados. O alcance desses dispositivos é muito mais amplo do que à primeira vista pode parecer.

O Legislador abrangeu no inciso IV do art. 43 não apenas as inovações estruturais do edifício, mas toda e qualquer novação contratual, vedando ao incorporador alterar o projeto e modificar suas especificações sem a aprovação da totalidade dos adquirentes. A lei vincula o incorporador, rigorosamente, ao planejamento inicial do condomínio (o qual foi ofertado aos adquirentes no momento da contratação), e sua modificação somente será legitimada por imposição do poder público (de ordem administrativa) ou pelo consentimento de todas as partes interessadas no empreendimento.

Enquanto o legislador se contenta com o *quorum* majoritário para a aprovação da venda do terreno e acessões, em caso de insolvência do incorporador (artigo 43, VII), enfatiza a condição do sufrágio da totalidade da massa condominial, para qualquer alteração do projeto de construção, mas, especialmente, para o aumento ou diminuição do número de unidades autônomas que compõem o empreendimento.

A razão é que no condomínio harmonizam-se a propriedade plena e exclusiva sobre a unidade autônoma e a copropriedade sobre as coisas e áreas comuns.

Por isso, toda e qualquer alteração e/ou modificação do projeto de construção do empreendimento, mormente as que impliquem diminuição da fração ideal de cada adquirente, somente poderá ocorrer pelo consenso unânime dos condôminos.

E tal vedação se mantém como garantia aos adquirentes, em razão da fundamentalidade dos direitos contratuais, mesmo que não haja registro tabular da propriedade em nome destes e seja irregular a incorporação. Não é dado ao incorporador extrair partido da ausência de registro da incorporação imobiliária para subtrair aos adquirentes direitos que têm *status* de direitos fundamentais.

Diante desse fato, nenhuma alteração no plano inicial da incorporação imobiliária, que implique modificação da propriedade exclusiva do adquirente ou da copropriedade dos adquirentes, pode ser feita pelo incorporador, mesmo que ele conte com a maioria dos condôminos. Isso porque, num complexo jurídico no qual cada interessado é a um só tempo titular de direito de propriedade e copropriedade, somente sufrágio da totalidade dos adquirentes será suficiente para dispor sobre a coisa materialmente considerada – exatamente como dispõe o artigo 49, *caput*, da Lei 4.591/1964.

E nesse ponto específico, o diploma que disciplina as incorporações imobiliárias deve ser interpretado em cotejo com o artigo 166, VII, do Código Civil, para que seja fulminada de nulidade absoluta qualquer novação procedida pelo

incorporador, relativamente às especificações materiais do imóvel, salvo se o *animus novandi* alcançar a totalidade dos participantes da comunhão.

A Lei 4.591/1964 taxativamente proíbe que sejam realizadas alterações nas frações ideais dos titulares de direitos aquisitivos sem a aprovação pela unanimidade dos condôminos.

Modificações desse teor violam o complexo de direitos dos adquirentes preteridos, e em última *ratio*, o direito de propriedade desses adquirentes, pois implicam diminuição da respectiva fração ideal de terreno que lhes pertence.

E toda e qualquer ação do incorporador que atinja aos interesses dos adquirentes, a pretexto da falta de seu registro tabular, deve ser tratada como ofensa direta ao direito fundamental de propriedade, e por isso sucumbir aos efeitos da nulidade absoluta.

Com essas notas, resta demonstrado que a Lei 4.591/1964 aderiu às mais sólidas correntes doutrinárias, que constituem verdadeiro aprimoramento de nosso Direito, vedando, ao incorporador, sem anuência da maioria dos interessados na aquisição das unidades autônomas dos edifícios em condomínio, inovar o plano inicial, tanto no que se refere à destinação originariamente prevista como no tocante ao título a que se credenciou o adquirente quando se vinculou à incorporação, sob pena de nulidade absoluta, por expressa proibição da Lei, e ofensa irrefutável ao direito fundamental de propriedade dos adquirentes.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, José Carlos Moreira. A contribuição do antigo direito português no Código Civil brasileiro. In: *Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*, I. Estudos de direito civil brasileiro e português. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. 10. ed. São Paulo: Forense, 2004.

AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 4. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARBOZA, João Luiz. A propriedade como direito fundamental. *Revista Acadêmica de Direitos Fundamentais*, Osasco, ano 2, n. 2, p.45-56, jan. 2008.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. *Usucapião constitucional - urbano e rural: função social da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Loteamentos e condomínios: sistema jurídico da propriedade fracionada*. 2. ed. Tomo 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 abr. 17.

_____. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 abr. 17.

BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 3. ed. Paris: LGDJ, 1966.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Condomínio edilício, incorporação imobiliária e loteamento. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Angélica Arruda (Coords.). *Revista Autônoma de Direito Privado*, Curitiba: Juruá, n. 2, 2007. p. 66-89.

_____. *Responsabilidade civil na incorporação imobiliária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Incorporação imobiliária: ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CARBONARI, Sílvia Regina de Assumpção. *A unidade autônoma no condomínio edilício*. Porto Alegre: Norton Editor, 2006.

CAVALIERI, Sergio Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Memorial de incorporação: notas sobre a inexigibilidade de seu arquivamento nas hipóteses que não configurarem atividade empresarial. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529-552.

_____. O contrato de incorporação imobiliária na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 553-593.

_____. Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil*, São Paulo: IRIB, v. 36, n. 75, p. 167-198, jul./dez. 2013.

_____. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

CHAVES, Antonio. Incorporação imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 204-242.

CÓDIGO de Hamurabi; Código de Manu, excertos (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. 3. ed. Supervisão editorial Jair Lot Vieira. Bauru: Edipro, 2011.

CÓDIGO Philipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Recopiladas por Mandado del Rey D. Philippe I, segundo a Primeira de 1603, e a Nona de Coimbra de 1824, por Candido Mendes de Almeida. 14. ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: direito das coisas, direito autoral*. v. 4, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COTRIM NETO, A. B. Do contrato de incorporação do condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-160.

COULANGES, Fustel de; DENIS, Numa. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CRUZ, Guilherme Braga da. *O direito subsidiário na história do direito português*. v. IV. Porto Alegre: Revista da Consultoria Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, 1974.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito das coisas*. v. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais*. 10. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995.

DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales del derecho privado*. Granada: Comares, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 5, 9. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *O novo regime jurídico dos contratos: das incorporações e do regime imobiliário e da alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

FRANCO, J. Nascimento. *Contribuição do oficial de registro de imóveis para o aperfeiçoamento da incorporação imobiliária*. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio

(Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 389-402.

_____. Problemas de direito imobiliário: novações e inovações em matéria de incorporação de edifícios em condomínio. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 383-387.

_____. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 389-393.

FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. *Condomínio em edifícios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GALHANONE, Álvaro Luiz Damásio. O incorporador como empresa. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-64.

GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária à luz do código de defesa do consumidor e do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRIMM, Dietier. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.

GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: un análisis histórico*. Trad. y "Prólogo para civilistas" de Ángel M. López y López. Madrid: Civitas, 1992.

GUELFY, Francesco Filomusi. *Enciclopedia giurídica*. 6. ed. Nápoles: [s.n.], 1910.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 309, 1990, p. 25-32.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUELFY, Francesco Filomusi. *Enciclopedia giurídica*. 6. ed. Nápoles: [s.n.], 1910.

HADDAD, Luís Gustavo. *Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HERNANDEZ, José Luis Merino. *El contrato de permuta*. Madri: Editorial Tecnos, 1978.

HESPANHA, Antonio Miguel. *Direito luso-brasileiro no antigo regime*. Florianópolis: Fundação Boieteux, 2005.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Dalloz, 1939.

KISCHNEWSKY-BROQUISSE, Edith. *Status de la copropriété des immeubles et sociétés de construction*. Paris: Librairies Techniques, 1958.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias*. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496577>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luiz. *Horizontes del pensamiento jurídico: estudios de filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1947.

LOKE, John. *Segundo tratado sobre governo civil*. São Paulo: IBRASA, 1963.

LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MALÉZIEUX, Raymond. *Droit rural*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

MALUF, Carlos Alberto Dabus Maluf. *Limitações ao direito de propriedade: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARCHI, Eduardo da Silveira B. *A propriedade horizontal no direito romano*. 2. ed. São Paulo: Quartie Latin, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES, Olindo Herculano de. *Perfil da propriedade contemporânea: destaque da propriedade fundiária*. 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4076/1/2009_OlindoHerculanodeMenezes.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

MEZZARI, Mario Pezutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 3. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2011.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *Tratado de direito predial*. 2. ed., v. II. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1953.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo XI. Campinas: Boockseller, 2001.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo XII. Campinas: Boockseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito civil: direito das coisas*. v. 3, 18. ed. Saraiva: São Paulo, 1979.

_____. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1976.

MOREIRA, Laureno Arturo. *Contratos sobre departamentos em construcción*. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Abaco, 1985.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos* 7. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *O abrandamento da responsabilidade civil à luz da nova sistemática brasileira*. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2015.

PARDAL, Francisco Rodrigues; FONSECA, Manoel Baptista Dias. *Da propriedade horizontal no código civil e legislação complementar*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Propriedade horizontal*. Rio-São Paulo: Editora Forense, 1961.

_____. *Condomínio e incorporações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. Incorporação Imobiliária. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 243-259.

_____. *Instituições de direito civil: direitos reais*. v. IV, 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique et al. Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema. In: SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*.

33.ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Trad. Luiz Guilherme B. Chaves e Carlos Humberto Pimentel Duarte da Fonseca. Rio de Janeiro: Record, 2001.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 8. ed. v. II. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, Mauro Antonio. O regime da afetação patrimonial na incorporação imobiliária. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 511-527.

RODOTÁ, Stefano. *El terrible derecho: estúdios sobre la propiedad privada*. Trad. para el español de Luis Diez Picazo. Madrid: Civitas, 1987.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. *Tratado de registros públicos e direito notarial*. São Paulo: Atlas, 2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. v. 5. 28. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

_____. *O Contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2007.

ROSA, Edson Costa. *Prática de direito imobiliário*. Leme-SP: Mundo Jurídico, 2012.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito constitucional: instituições de direito público*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito de família, direitos reais e posse*. Trad. Ary dos Santos. v. II. São Paulo: Saraiva, 1958.

_____. *Instituições de direito civil: direito das obrigações, direito hereditário*. Trad. Ary dos Santos. v.III. São Paulo: Saraiva, 1958.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 2. ed. Rio-São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1947.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário: teoria e prática*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SCHMIDT, Francisco Arnaldo. *Incorporação imobiliária*. 2. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma Editora, v. 6, abr.-jun. 2001.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 3. ed., v. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

SERRA, Marcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. *Registro de imóveis III – Procedimentos especiais*. (Coleção Cartórios/ Coordenação Christiano Cassettari). São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso de direito civil*. 6. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa Santa Maria. v. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 62, de 9.11.2009, publicada em 12.12.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Marcelo Tossi. *Incorporação imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário iurídico*. v. II. São Paulo: Forense, 1963.

SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 314-343.

SUANZES-CARPEGNA, Joaquín Varela. Los derechos fundamentales en la España del siglo XX. In: ALVAR, Jaime Ezquerro. *Teoría de la justicia y derechos fundamentales: estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*. v. 3. Madrid: Dykinson, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n. 76, jun. 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A Nova Propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a Legislação Ordinária e a Constituição. *Revista Forense*. v. 306. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.68-76.

TERRA, Marcelo. Permuta de terreno por área construída. In: DIPP, Ricardo; JACOMINO, Sergio. (Orgs.) *Doutrinas essenciais: direito registral*. v. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 483-515.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei nº 4.591/1964*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 376, p.81-94, nov./dez. 2004.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão – 1789*. 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

VELOSO, Waldir de Pinho. *Comentários aos direitos reais no código civil*. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. v. III. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direito civil: direitos reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.