

A incorporação imobiliária no registro de imóveis como forma de desjudicialização

Real estate development in the real estate registry as a form of de-judicialization

DOI:10.34117/bjdv8n4-441

Recebimento dos originais: 21/02/2022

Aceitação para publicação: 31/03/2022

Felipe de Souza Pinto

Mestrando

Instituição: Universidade de Araraquara

E-mail: felipedf17@gmail.com

Ricardo Augusto Bonotto Barboza

Mestrando

Instituição: Universidade de Araraquara

E-mail: felipedf17@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a incorporação imobiliária e sua interseção com o registro de imóveis. Para tanto, analisou-se seu conceito, tópico da maior relevância, especialmente para definir *a contrario sensu* o que não é incorporação imobiliária. Também se analisou a natureza jurídica do registro de imóveis e da incorporação imobiliária. Igualmente, se vislumbrou as diversas modalidades contratuais cabíveis na formatação dos mais diversos modelos de negócio na incorporação imobiliária e como esses negócios têm ingresso no Registro de Imóveis. Por fim, mas não menos importante, foi analisada a importância do patrimônio de afetação e as espécies e natureza jurídica das vagas de garagem no condomínio edifícios.

Palavras-chave: incorporação, imobiliária, registro, segurança, garagem, afetação, jurisprudência.

ABSTRACT

The present work has as main objective to analyze a real estate development and its intersection with the real estate registry. Therefore, its concept was analyzed, a topic of the greatest research, especially to define, a *contrario sensu*, what real estate development is not. The legal nature of property registration and real estate development was also analyzed. Likewise, the various contractual modalities applicable in the formatting of the most diverse business models in real estate development and how these businesses are entered in the Real Estate Registry were glimpsed. Last but not least, the importance of the affected heritage and the types and legal nature of parking spaces in the building condominium were analyzed.

Keywords: incorporation, real estate, record, garage security, affectation, jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

A incorporação imobiliária é uma atividade econômica que se desenvolveu basicamente no século XX e que, à medida em que cresceu, foi se moldando às características do mercado em que está inserido.

No Brasil, a incorporação imobiliária teve bastante sucesso desde os anos 60, especialmente em razão do êxodo rural para as cidades e do êxodo das cidades pequenas ou pobres para os grandes centros urbanos. O adensamento populacional gerado por esses fenômenos urbanísticos trouxe a preocupação de políticos, juristas, urbanistas, sociólogos e mesmos cidadãos, sobre a necessidade de se utilização das moradias verticais.

Nesse sentido, os condomínios edilícios, que são o resultado da incorporação imobiliária, se tornaram não só uma opção de imóveis residenciais e comerciais, mas também uma necessidade premente, já que o crescimento acelerado da economia exigia que fosse estabelecido esse tipo de imóvel nos próprios centros urbanos.

Porém, em momento posterior, observou-se que um grande problema gerado pelo condomínio edilício em forma de prédios, que foi a alta criminalidade, poluição sonora e visual nos centros urbanos. Com isso, a sociedade novamente se adequou para estabelecer uma nova modalidade de moradia, que são os condomínios de casas e condomínio de lotes.

E a incorporação imobiliária faz parte de toda essa evolução da forma de ser dos imóveis (residenciais ou comerciais). É que a incorporação imobiliária é a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

E considerando o alto volume financeiro exigido para construção de um prédio ou de um condomínio de casas ou de lotes, a atividade da incorporação imobiliária é indispensável para o bom desenvolvimento do mercado imobiliário em geral.

Paralelo a isso, o registro de imóveis é o grande guardião do direito de propriedade no Brasil, uma vez que dá publicidade, autenticidade, segurança e eficiência aos registros.

Há uma interseção entre registro de imóveis e incorporação imobiliária muito grande. É uma espécie de relação entre direito material e direito processual, ou seja, uma prevê a formatação dos direitos e a outra instrumentaliza e dá efetividade ao conteúdo do direito.

Pouco se tem debatido no Brasil sobre o Direito Notarial e Registral e sobre o Direito Imobiliário. A própria falta dessas cadeiras nas disciplinas obrigatórias na graduação, expõe um grande problema na formação jurídica brasileira. Todavia, cada vez

mais observa-se um aumento orgânico no interesse dos mais diversos profissionais da área do direito quanto a esses temas.

A reflexão sobre os mais diferentes temas da incorporação imobiliária e do registro de imóveis, com todas as suas implicações, pode gerar uma redução da litigiosidade brasileira, através da utilização de mecanismos adequados de solução de controvérsias, especialmente através das serventias extrajudiciais.

2 DEFINIÇÃO

A polissemia da expressão “incorporação” pode, eventualmente, gerar algum tipo de celeuma e dificuldade de compreensão sobre a limitação do assunto abordado. Desse modo, é necessário uma maior delimitação do alcance da referida expressão, a fim de afastar qualquer tipo de dúvida sobre o tema.

A etimologia da palavra “incorporação” tem origem na língua latina *incorporatio*, que significa dar corpo ou unir. Assim, em sentido *latu sensu*, incorporação significa agrupar pessoas, unir, incluir. E no sentido jurídico, é preciso adicionar a expressão imobiliária, para que seja distinguida da incorporação própria do direito societário.

Assim, a incorporação imobiliária, objeto deste trabalho e regulada pela lei 4.591/64, é aquela utilizada para construir e vender, ainda durante a construção do prédio, unidades imobiliárias, com a individuação e especificação das unidades autônomas no Registro imobiliário.

Destarte, incorporação imobiliária não se confunde com a incorporação do direito societário, regulada nos arts. 1.116 do CC e do art. 227 da lei 6.404/76.

Destarte, a incorporação societária refere-se à operação societária em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, em que há sucessão em direitos e obrigações.

Também difere da incorporação própria do direito civil, em que há agregação de acessão ao solo.

Pode-se resumir, assim, a incorporação como o contrato por meio do qual o incorporador se obriga a constituir um edifício constituído por unidades autônomas com frações ideais no solo, comercializando-as (por ato de transmissão) a diferentes pessoas, sempre com uma feição empresarial, isto é, buscando sempre o lucro¹.

¹ KUMPEL, Vitor Frederico. FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. Volume 5, tomo II. 1 ed. p. 2.415.

Assim, não existe incorporação imobiliária, própria da lei 4.591/64, se o proprietário contrata a construção de um edifício sem o propósito de oferta pública e venda de unidades autônomas a terceiros, já que ausente o elemento lucro.

A incorporação imobiliária é uma fase anterior e provisória da instituição e especificação, seja do condomínio edilício, do condomínio de casas ou do condomínio de lotes. É transitório pois termina com a averbação da construção e especificação condominial.

Importante apontar quem pode ser incorporador imobiliário. A lei n 4.591/64 tem um rol taxativo dessas pessoas.

Destarte, é possível observar duas hipóteses em que não se está diante de um incorporador, de modo que não há obrigatoriedade de registro da incorporação imobiliária: a) aquisição de terreno por várias pessoas sem intenção de aferir lucro, pois todos são proprietários em condomínio *pro indiviso*; b) construção de edifício por pessoa sem venda de unidades autônomas futuras durante a edificação.

3 PAPEL DO REGISTRO DE IMÓVEIS

O Registro de Imóveis, regulado pela lei 6.015/73 e normas afins, é o repositório do conteúdo de direitos reais relativos a imóveis, visando garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos nele inscritos.

E dada a relevância da incorporação imobiliária no mundo jurídico, o legislador entendeu que esse tema deve possuir guarida no Registro de Imóveis, dada a oponibilidade *erga omnes* que os atos nele inscritos gera contra terceiros e as próprias partes.

Dentro da sistemática dos registros públicos, há dois atos principais que são realizados na serventia de registro de imóveis, o registro em sentido estrito e a averbação.

O registro em sentido estrito é basicamente o ato principal pelo qual ocorre a aquisição de direitos reais sobre imóveis, ao passo que a averbação é o ato secundário pelo qual se dá notícia de algo que altera o conteúdo do registro principal, como uma extinção².

E na morfologia registral realizada no âmbito do cartório de Registro de Imóveis,

² SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. **Registro de imóveis III: procedimentos especiais**. p. 123. São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção Cartórios / coordenador Christiano Cassettari)

a incorporação em si é ato de registro em sentido restrito, e não ato de averbação.

O registro da incorporação no Registro de Imóveis tem os seguintes objetivos: a) dar publicidade ao conteúdo do projeto do empreendimento; b) mostrar a saúde financeira do incorporador; c) evidenciar a regularidade do empreendimento; d) dar existência ao negócio incorporativo.

Dessa forma, há uma proteção ao consumidor, ao meio ambiente, aos interesses difusos e coletivos.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DO REGISTRO

Na França o registro da incorporação imobiliária tem natureza jurídica de servidão, Na Alemanha, por sua vez, a natureza é de superfície.

No Brasil, porém, o registro da incorporação imobiliária assume natureza jurídica de condomínio especial, mas há divergências quanto a ser declaratório ou constitutivo.

Há aqueles que entendem que o registro da incorporação é ato declaratório, na medida em que produz o efeito de individualizar as áreas que passarão a compor o edifício. Outros sustentam que além desse efeito, há um efeito constitutivo, pois cria uma realidade jurídica do bem, dando-lhe características próprias³.

Assim, não se restringe a declarar situação jurídica já existente, mas constitui nova realidade jurídica, permitindo a negociação de unidades autônomas em construção.

3.2 ASPECTOS REGISTRALIS

O procedimento registral da incorporação imobiliária tem início com a protocolização dos documentos previstos no art. 32 da lei 4.59/64 no Registro de Imóveis da circunscrição territorial onde o imóvel será construído.

Conforme previsão legal do art. 167, I, 17 da lei 6.015/73, o ato é de registro em sentido estrito.

Após recebida a documentação, o Oficial de Registro de imóveis deve lançar no Livro 1 (Livro Protocolo), fazendo a autuação e juntando os documentos apresentados. Após isso, deve fazer a qualificação registral, verificando se é possível ou não o registro de título que ingressou na serventia.

³ KUMPEL, Vitor Frederico. FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. Volume 5, tomo II. p. 850. 1 ed. São Paulo: YK editora, 2019.

O oficial de Registro tem o prazo de 15 dias para realizar o exame da documentação (ar 32, §6º, 4.591/64), excepcionando a regra do prazo de 30 dias para a qualificação registral em geral (art. 188, da lei 6.015/73).

O art. 32 da lei 4.591/64, já citado neste trabalho, traz os documentos indispensáveis para o registro da incorporação imobiliária.

Trata-se de um rol taxativo ou *numerus clausus*, de sorte que não cabe dispensa de quaisquer desses documentos nem exigência de documento além desses. Tais documentos devem ser apresentados no original ou em cópia autenticada.

No que tange à alínea a, é indispensável que o título causal esteja registrado na matrícula do imóvel, o que permite a transferência dos direitos do incorporador aos adquirentes. Porém, não basta a apresentação da certidão de matrícula do imóvel, devendo ser apresentado o título aquisitivo, já que algumas informações constantes da matrícula são lançadas por extrato, e só o próprio título possui essas informações.

A alínea b traz o requisito das certidões negativas. Ocorre que a expressão é imprópria, uma vez que “a existência de ônus fiscais ou reais, salvo os impeditivos de alienação, não impedem o registro, que será feito com as devidas ressalvas, mencionando-se, em todos os documentos, extraídos do registro, a existência e a extensão dos ônus” (art. 32, §5º, da lei 4.591/64).

Nesse sentido, admite-se a cindibilidade do título relativo à promessa de permuta com registro da incorporação imobiliária, admitindo-se que os registros ocorram em momentos diferentes, primeiro a registro da promessa de permuta.

A respeito, transcrevo o entendimento de José Marcelo Tossi Silva:

A existência de ônus fiscal ou real não impede o registro da incorporação, salvo se impeditivos de alienação, como previsto no p. 5º do artigo 32. Entre os ônus impeditivos de alienação estão, por exemplo, a cláusula de inalienabilidade instruída em relação ao proprietário do terreno.

(...)

Existentes ações ou protestos de títulos, deve o Oficial de Registro de Imóveis exigir esclarecimentos sobre sua natureza, com certidões complementares, exceto se puder desde logo, pela certidão do distribuidor, verificar que não terão repercussão econômica capaz de atingir o imóvel, ou a ele não são relativas⁴.

A alínea c aponta para o histórico do imóvel. Importante registrar que a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, nas normas de serviço extrajudiciais, limita a obrigação de apresentação do histórico de títulos de propriedade

⁴ TOSSI, José. Marcelo. **Incorporação imobiliária**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 102

vintenária, acompanhado das certidões dos registros correspondentes, abrange apenas os imóveis transcritos. Assim, se o imóvel estiver matriculado, e não transcrito, não se exige a certidão vintenária, bastando um breve resumo dos títulos.

A alínea d aponta para o projeto de construção. Nesse caso, é importante que haja correspondência entre a descrição e a área do imóvel que consta do memorial de incorporação. Se houver divergência, deve-se exigir a retificação de área anterior.

A alínea e refere-se ao cálculo das áreas da edificação, que se destina ao cumprimento do princípio da especialidade objetiva.

A alínea f mostra o requisito da certidão negativa de débito previdenciário.

A alínea g se refere ao memorial descritivo das áreas projetadas, de modo que o esse documento deverá ser apresentado ao Cartório de Registro de Imóveis em duas vias, sendo assinada pelo responsável técnico da obra e pelo incorporador, com firmas reconhecidas.

A alínea h toca na questão da avaliação do custo global da obra e o art. 54, §3º da lei 4.591/64 menciona isso.

A alínea i se refere à discriminação das frações ideais do terreno e sua vinculação às futuras unidades autônomas.

A alínea j aponta para a minuta de convenção de condomínio que disporá sobre a edificação, mas não se confunde com a própria convenção, que só existirá com a instituição e especificação do condomínio.

A alínea l mostra a necessidade de declaração da parcela de preço do art. 39, II, da lei 4.591/64, isto é, se a aquisição do terreno se dará, total ou parcialmente, com pagamento das unidades autônomas.

A alínea m, por sua vez, aponta para o mandato, de modo que para fins de registro da incorporação imobiliária deve ser apresentada a certidão do instrumento público de mandato.

A alínea n refere-se ao prazo de carência ou desistência, uma vez que é possível que unidades autônomas não sejam realmente negociadas e que o incorporador não consiga captar recursos financeiros necessários para realizar o investimento necessário. Essa fixação de prazo de carência é faculdade do incorporador, de modo que se o incorporador não optar pela fixação do prazo de carência, não é necessário ser apresentado o documento. Nesse sentido é a jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo (CSM/SP, Apel. Cív. nº 525-6/8, rel. Gilberto Passos de Freitas, j. 26.05.2006).

O atestado de idoneidade financeira é apontado na alínea o. Porém, parte da doutrina tem se posicionando pela ineficácia do documento, uma vez que não se refere a garantias financeiras, mas mera informação graciosa de instituição financeira. Porém, tal requisito está previsto em lei e assim deve ser cumprido.

A menção às vagas de garagem é requisito previsto na alínea p. Vaga de garagem pode assumir natureza jurídica de propriedade exclusiva, parte de área comum ou parte acessória, devendo-se fazer referência a sua natureza jurídica.

Por fim, cumpre destacar a questão do contrato-padrão, que não é requisito legal da incorporação imobiliária, não sendo previsto nas alíneas do art. 32 da lei 4.591/64. Porém, há parte da doutrina que entende que, pela relevância desse documento, o registrador deve exigí-lo do incorporador.

Porém, não há previsão legal, seu arquivamento é facultativo, e não obrigatório. Nesse sentido, é a jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo (CSM/SP, Apel. Cív nº 1000866-76.2015.8.26.0224 - Data inclusão: 08/08/2016).

Porém, apesar de nas incorporações imobiliárias o contrato padrão ser facultativo por ausência de previsão legal, na lei de loteamento (lei n. 6.766/76), esse requisito é obrigatório.

3.3 ATOS DE REGISTRO

A incorporação imobiliária tem início com a protocolização da documentação prevista no art. 32 da lei 4.591/64.

Com isso, deve o Oficial de Registro prenotar o título e realizar a qualificação registral no prazo de 15 dias, e não em 30 dias, como é a regra geral (art. 188, LRP).

Em sendo negativa a qualificação registral, deve o Oficial recusar o ingresso do título no Registro de Imóveis e devolver o título ao apresentante. Em querendo, poderá requerer ao Oficial de Registro que suscite dúvida ao juiz corregedor permanente.

Se a qualificação registral for positiva, deverá o Oficial registrar a incorporação imobiliária no livro 2 e proceder ao arquivamento da documentação na ficha auxiliar (art. 167, I, LRP).

Na incorporação imobiliária, o registro é forma da substância, de modo que sem ele não há incorporação e, portanto, não há possibilidade de alienação das frações ideais do terreno antes e durante a fase de construção⁵.

⁵ KUMPEL, Vitor Frederico. FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. Volume 5, tomo II. p. 860. 1 ed. São Paulo: YK editora, 2019.

O registro da incorporação é feito na matrícula do imóvel no livro 2. Esse registro é provisório, já que tem existência somente até o registro da instituição e especificação condominial.

E, como a fração ideal do terreno é parte indissociável da unidade autônoma, não se deve ter ingresso na matrícula sem que seja feito o registro da sua origem, que está na incorporação imobiliária. É a posição do Conselho Superior da Magistratura (CSM/SP, Apelação Cível. 59.953-0/5, Rel. Des. Sérgio Augusto Nigro Conceição, j. 06.12.1999).

O incorporador pode, conforme se verá a seguir, instituir patrimônio de afetação, que, se instituído, deverá ser averbado na matrícula do imóvel.

Após o registro da incorporação, e após o término da construção, deve-se proceder à averbação da construção, acompanhado do habite-se emitido pela Prefeitura.

Com isso, o próximo ato registral é o registro em sentido estrito da instituição e especificação no livro 2, *pari passu*, com o registro da convenção de condomínio no livro 3.

Após isso, deverá ser aberta matrícula para cada uma das unidades autônomas. Importante dizer que só se deve registrar unidade autônoma após a instituição e especificação do condomínio. Antes disso, deve-se apenas apontar na ficha auxiliar.

Nesse sentido são as Normas de Serviço da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo nos itens 220 e 221 do Capítulo XX.

Quanto aos efeitos do registro, importante mencionar pelo menos quatro:

- a) Permite a disponibilidade parcial ou total das unidades. Isso porque é somente com o registro da incorporação que se admite venda de unidades autônomas⁶.
- b) Possui validade de 180 dias, quando então o incorporador deverá atualizar os documentos se quiser continuar negociando as unidades.
- c) Não vincula o incorporador durante o período de carência.
- d) Tem natureza jurídica transitória.

Assim, hipoteticamente, em uma matrícula aleatória, seria possível elencar a sequência de atos realizados no registro de imóveis relativo a uma incorporação

⁶ O incorporador só se acha habilitado a negociar unidades autônomas do empreendimento imobiliário quando registrados, no Cartório de Registro Imobiliário competente, os documentos previstos no artigo 32 da Lei n. 4.591/1964 (AgRg no REsp 334838/AM – Rel. Min. João Otávio de Noronha – Quarta Turma do STJ – Julgado em 18.05.2010).

imobiliária⁷:

- a) possível a averbação do patrimônio de afetação (Av. 1)
- b) registro da incorporação imobiliária (R. 2)
- c) Averbação da construção (av. 3)
- d) Registro da instituição e especificação (R. 4)
- e) Registro da convenção de condomínio no Livro 3
- f) Abertura de matrícula para cada uma das unidades autônomas
- g) Registro em sentido estrito dos atos de aquisição, como compra e venda (R. 1 das matrículas abertas)

4 CONTRATOS NA INCORPORAÇÃO

No âmbito dos contratos preliminares e a incorporação, pode-se utilizar de diversas ferramentas contratuais para se formatar o modelo de negócio mais adequado para as partes.

A primeira delas é a promessa de venda, cessão e promessa de cessão. Ocorre que essa promessa deve ser irrevogável e irretroatável, ou seja, definitiva, sem que seja possível o arrependimento (art. 32 da lei 4.591/64)

A segunda forma é a promessa de permuta. É a modalidade em que o incorporador não possui o terreno em que pretende erigir a edificação e contrata com o proprietário do terreno uma promessa de permuta entre esse terreno e futuras unidades a serem construídas. E essa modalidade também tem previsão legal na lei 4.591/64 no art. 39.

Assim, há três figuras de promessa de permuta no âmbito da incorporação imobiliária⁸:

1) Permuta ou promessa de permuta de todo o terreno por uma ou mais unidades autônomas: não há reserva da fração ideal correspondente a uma ou mais unidades autônomas futuras, mas apenas o recebimento da promessa da entrega de unidades construídas sobre o terreno. Nesse caso, o registro da promessa de permuta deve ser feito antes do protocolo do pedido de incorporação e, após o registro da convenção de condomínio deve ser feito o registro da permuta (primeiro registro da promessa de permuta e por último registro da permuta).

⁷ KUMPEL, Vitor Frederico. FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. Volume 5, tomo II. p. 869. 1 ed. São Paulo: YK editora, 2019.

⁸ SANTOS, Flauzilino Araújo dos. **Condomínios e incorporações no registro de imóveis: teoria e prática**. p. 250. São Paulo: Mirante, 2012.

2) Permuta ou promessa de permuta de parte do terreno com reserva das frações ideais correspondentes às unidades a serem edificadas: há a transferência de uma parte do terreno como promessa de permuta e se mantém a fração ideal restante ao proprietário.

3) Permuta ou promessa de permuta do terreno por área construída em outro empreendimento.

Quanto ao registro da promessa de permuta, importante apontar que não há previsão legal de sua registrabilidade no art. 167, I, da LRP, que contém um rol taxativo.

Porém, o próprio art. 32 da lei 4.591/64 admite sua registrabilidade, de modo que o rol é taxativo, mas não é exaustivo, isto é, admite que outras leis prevejam hipóteses de registro.

Entendimento no sentido da rol do art. 167, I, LRP, ser taxativo, tem-se jurisprudência administrativa (CSMSP - Apelação cível: 2.272-0/83, localidade: São Paulo data de julgamento: 13/06/1983. Data DJ: 13/07/1983).

A doutrina entende que não se deve registrar a promessa de permuta desvinculada do registro da incorporação imobiliária. Ou seja, deve haver o concomitante registro da promessa de permuta e o registro da incorporação imobiliária.

E a última modalidade contratual é a compra e venda com dação em pagamento. Assim, o terreno será pago com unidades a serem construídas e assim que for concluída a obra, é feita uma dação em pagamento dessas unidades em favor do proprietário do terreno.

Assim, tem-se diversas modalidades de negócio entre o proprietário do terreno e o incorporador, que poderá escolher o negócio que melhor lhes aprouver.

4.1 CESSÃO E SUB-ROGAÇÃO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A incorporação imobiliária permite que o incorporador transmita a própria incorporação junto com a transmissão da propriedade do imóvel. Ou seja, trata-se de uma alienação do terreno e do empreendimento a outro incorporador.

Nesse caso, deve-se registrar a transmissão da fração ideal do terreno ao novo incorporador e averbar a sub-rogação dos direitos e obrigações, pois deve-se atribuir responsabilidade pela construção ao novo incorporador⁹.

É também a posição do conselho Superior da Magistratura de São Paulo (CSMSP - Apelação cível: 890-6/2, localidade: Jundiaí data de julgamento: 04/11/2008,

⁹ SANTOS, Flauzilino Araújo dos. **Condomínios e incorporações no registro de imóveis: teoria e prática**. p. 250. São Paulo: Mirante, 2012.

relator: Ruy Camilo).

Importante destacar que a transmissão da incorporação deve ser anterior à construção e à instituição e especificação condominial, pois não se refere unicamente à mera venda de imóvel, uma vez que a vinculação incide sobre a construção e a posterior instituição e especificação, e não sobre a unidade autônoma ainda inexistente.

Destarte, somente pode ser feita a cessão e sub-rogação da incorporação imobiliária até a construção e instituição e especificação da incorporação, de modo que após a instituição e especificação do condomínio somente resta a transmissão das respectivas unidades autônomas.

Isso porque até a instituição e especificação, trata-se de apenas um imóvel, constituído pelo terreno e as acessões, e na cessão da incorporação o adquirente assume direitos e obrigações pela construção.

Importante registrar que a nova incorporadora deverá apresentar ao Registro de Imóveis todos os documentos previstos no art. 32 da lei 4.591/64, sob pena de burla à lei.

Destarte, não há obrigação legal de que o incorporador inicialmente habilitado seja necessariamente o único incorporador até o final da obra, podendo ser transferida a obrigação de construir a outro incorporador¹⁰. Trata-se de uma previsão legal que se adequa perfeitamente aos diferentes tipos de modelo de negócio que o mercado imobiliário permite.

5 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

É importante inicialmente destacar que o projeto de investimento de uma incorporadora imobiliária não costuma utilizar-se de recursos próprios do caixa da empresa para erigir a edificação para somente depois vender as unidades autônomas e recuperar o dinheiro e auferir lucro decorrente dessa atividade.

Parte significativa dos investimentos em construção de edifícios advém da compra antecipada (na planta) dos futuros proprietários das unidades autônomas. É que os recursos para construção envolvem cifras altíssimas, o que permitiria que somente as grandes incorporadoras imobiliárias pudessem explorar essa atividade econômica.

Ocorre que no início da lei de incorporação imobiliária vigorar uma sistemática

¹⁰ MEZZARI, Mario Pazutti. **Condomínio e incorporação no Registro de Imóveis**. p. 112. 5ª ed. Livraria do Advogado : 2020.

legal diferente da que hoje conhecemos. A compra e venda era mais pura, com poucos pactos adjetos que permitem maior flexibilidade na formatação do melhor modelo de negócio.

E a atividade econômica de incorporação imobiliária demanda um tempo relativamente grande para seu encerramento, o que aumenta o risco para as partes, especialmente risco falimentar e de desequilíbrio econômico e financeiro do contrato.

O risco de desequilíbrio econômico e financeiro do contrato ocorre na medida em que a propriedade do bem só era alcançada ao final do pagamento de todas as parcelas e com frequência o adquirente não conseguia pagar as parcelas, o bem era retomado pela incorporadora com toda a valorização inerente e era devolvido ao adquirente os valores pagos, e não atualizados.

O risco de falência é grande, em razão de os empréstimos bancários serem de valores vultosos e de que, não raras vezes, as garantias consistem na própria edificação. A falência da Encol, maior incorporadora nos anos 80, foi a demonstração cabal da necessidade de existência de um patrimônio de afetação.

Assim, criou-se a figura do patrimônio de afetação que é uma segregação patrimonial de parte do patrimônio da incorporadora que passa a ser comunicado com o restante dos bens da empresa com a finalidade de conclusão da obra.

Arnaldo Rizzardo, um dos maiores estudiosos do direito civil, imobiliário e registral, traduz o momento da época em que as discussões sobre a existência de um patrimônio de afetação separado do patrimônio geral das incorporadoras imobiliárias¹¹.

O professor Melhim Chalhub, redator da lei do patrimônio de afetação, assim descreve:

Nos termos em que foi concebido, o regime de afetação da incorporação imobiliária constitui importante mecanismo de resolução extrajudicial de problemas decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro da incorporação, na medida em que, independente de intervenção judicial, possibilita aos adquirentes substituir o incorporador na administração do negócio e prosseguir a obra. Caso venha a ocorrer a falência da incorporadora, os créditos vinculados à incorporação afetada não estarão sujeitos a habilitação no Juízo de falência, devendo ser satisfeitos com as receitas da própria incorporação, cuja administração passa a ser conduzida pela comissão de representantes dos adquirentes, com a autonomia em relação ao processo falimentar¹².

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 1ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2011. p. 339.

¹² CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2005. p. 63.

É bem verdade que parte da doutrina discorda da teoria da afetação, que cria mais de uma massa patrimonial separadas umas das outras.

Assim, o regime do patrimônio de afetação foi introduzido no direito brasileiro através da Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001, quando convertida na Lei nº 10.931, de 2004, que altera a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, e dá outras providências.

Destarte, quando a incorporação imobiliária é submetida ao patrimônio de afetação, o terreno, acessões e os bens e direitos vinculados à incorporação ficam separados do patrimônio geral do incorporador e destinados exclusivamente à construção do prédio e entrega das unidades autônomas aos adquirentes.

Não é somente o terreno e a construção que ficam vinculados ao regime de afetação, mas também as receitas, materiais adquiridos, produto de eventual cessão de direitos creditórios etc.

Quanto à forma de constituição do patrimônio de afetação, tem-se que é necessária a averbação do termo firmado pelo incorporador no Registro de Imóveis competente. É a previsão legal do art. 31-A, §12 da lei 4.591/64.

Como se observa do texto legal, não se exige prazo especial para a averbação do patrimônio de afetação, admitindo-se sua realização a qualquer tempo, desde que seja entre a data do registro da incorporação e a data da averbação da construção.

As Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo tratam desse tema, no item 218.2.

Se o termo firmado pelo incorporador para constituição do patrimônio de afetação for apresentado em momento distinto da incorporação, o Oficial de Registro deverá analisar se da matrícula consta a existência da incorporação.

Porém, o ilustre registrador Flauzilino Araújo dos Santos entende que é possível a averbação do patrimônio de afetação até antes do registro do memorial de incorporação nos terrenos consagrados ao empreendimento. Esse também é o entendimento de enunciado do Conselho da Justiça Federal, no enunciado 324.

Cabe, ainda, falar sobre o regime tributário na afetação patrimonial nas incorporações imobiliárias. É importante registrar o regime especial tributário (RET), que foi introduzido no direito brasileiro pela lei 10.931/2004, que também criou a figura do patrimônio de afetação em incorporações imobiliárias.

Antes da mencionada lei, o incorporador poderia fazer apuração no seu controle contábil com base no lucro real ou lucro presumido. Com o advento da lei, há hoje uma

terceira opção, que é justamente o RET. Esse novo regime especial foi criado para gerar uma espécie de incentivo para que o incorporador opte pelo patrimônio de afetação, que, como se viu, é facultativo, e não obrigatório.

Isso porque, no anteprojeto de criação da lei do patrimônio de afetação, este era obrigatório, devendo todas as incorporadoras se utilizar dele. No decorrer da tramitação do anteprojeto, a obrigatoriedade foi substituída pela facultativa, e como o regime do patrimônio afetação confere maior segurança aos adquirentes e, portanto, à sociedade em geral, o legislador entendeu por bem criar uma forma de tributação mais vantajosa para o incorporador que adira ao patrimônio de afetação.

Assim, o RET consiste na fixação de uma alíquota única de 4% (quatro por cento), que incide sobre a receita mensal auferida pelo incorporador e abrange o imposto de renda da pessoa jurídica (IRPJ), contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

A adoção do patrimônio de afetação confere uma segregação do patrimônio com objetivo de possibilitar que eventuais créditos que são estranhos àquela incorporação sejam satisfeitos com obrigações de vinculadas ao incorporador, e não àquele patrimônio especializado, uma vez que para a constituição é para adoção do RET.

Importante ressaltar que é necessário tanto a criação de um CNPJ específico para cada uma das incorporações, separados do CNPJ principal da empresa mãe. Geralmente são criadas através de uma sociedade de propósito específico (SPE), além de que também é necessário criar um código de arrecadação específico que será utilizado na incorporação.

Assim, a adesão ao patrimônio de afetação, com a consequente submissão da empresa incorporadora imobiliária ao regime especial de tributação, é sem dúvidas uma importante forma de proteger juridicamente os adquirentes dos riscos do mercado de incorporação, ao mesmo tempo em que beneficia tributariamente as empresas incorporadoras, que passam a pagar menos impostos e, portanto, podem auferir lucro maior.

Por fim, vale a pena trazer à baila importante alteração legislativa trazida pela lei 13.786/2018, a chamada lei do distrato, que acrescentou os arts. 35-A, 43-A e 67-A à lei 4.591/64.

Se a incorporadora constituir patrimônio de afetação, além dos incentivos do RET, a mencionada lei trouxe a possibilidade de que na hipótese de distrato ou rescisão por inadimplemento total do adquirente, o incorporador pode reter até 50% do valor pago

pelo comprador, recebendo, portanto, o dobro do limite para incorporadoras que não instituíram o patrimônio de afetação.

Importante uma reflexão sobre os efeitos falências no patrimônio de afetação.

O incorporador pode sofrer uma falência (se pessoa jurídica) ou insolvência (se pessoa física), já que a incorporação imobiliária admite que o incorporador seja pessoa jurídica ou física. E ocorrendo qualquer dessas hipóteses não há a extinção automática da afetação.

Isso porque o patrimônio de afetação continua a garantir a construção, não em favor do incorporador, mas em razão das obrigações com os adquirentes da unidades autônomas e com outros credores.

Assim, os adquirentes podem continuar a construção da obra contratando outra empresa ou, ainda, liquidar o patrimônio da incorporadora falida, já que o patrimônio desta não integra a massa falida.

É o que prevê a Lei de Recuperação Judicial e de Falência de Empresas (Lei n. 11.101/2005), no art. 119, IX.

6 VAGAS DE GARAGEM

As vagas de garagem são terminologia criadas pela NBR 12.721, portanto, disposições sem caráter normativo. O Código Civil de 2002 não utiliza essa expressão, mas o termo “abrigo para veículo” (art. 1.331, CC) para referir-se ao espaço destinado à guarda de veículos.

Essas vagas de garagem podem ser classificadas em pelo menos 3 espécies: 1) unidade autônoma; 2) coisa comum; 3) acessório da unidade autônoma.

A natureza jurídica das vagas de garagem difere conforme a espécie adotada pelo incorporador quando do registro da incorporação imobiliária¹³. Vale ressaltar que esse tema é um dos documentos previstos como indispensáveis à apresentação ao protocolo do Registro de Imóveis para a incorporação imobiliária.

Cumpré destacar que em caso de pretensão de alterações das vagas de garagem após a qualificação positiva da incorporação perante o Registro de Imóveis, exige-se a aprovação da totalidade dos condôminos.

¹³ MEZZARI, Mario Pazutti. **Condomínio e incorporação no Registro de Imóveis**. p. 220. 5ª ed. Livraria do Advogado : 2020.

Passemos à análise das espécies e natureza jurídica das vagas de garagem.

A vaga de garagem como área comum diz respeito à uma garagem coletiva com fração ideal incluída na área comum do prédio. Tais vagas são propriedade comum de todos os condôminos, e por essa razão não podem ser objeto de direitos reais exclusivos. No Registro de Imóveis a área dessa vaga de garagem consta da matrícula da unidade autônoma em conjunto com as demais áreas de uso comum. Veja-se posição de enunciado 247 do Conselho da Justiça Federal em Jornadas de Direito Civil.

Há, ainda, vaga de garagem como unidade autônoma, que é propriedade exclusiva, autônoma e individualizada do proprietário. Tem numeração própria, fração ideal no terreno e nas áreas comuns do condomínio. Sendo assim, possui matrícula própria, separada da matrícula da unidade autônoma. É um imóvel autônomo, com descrição e número de matrícula individual.

O Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 449 em 21/06/2010 com o seguinte enunciado.

Há também a vaga de garagem como área acessória, que não tem matrícula própria, mas integra o cálculo da fração ideal da unidade autônoma em que está vinculada. Esta não tem autonomia, mas também não é parte integrante da matrícula. É um mero acessório, que segue o principal. Destarte, não há especialização da vaga de garagem na matrícula da unidade autônoma.

Por fim, há que se mencionar ainda as vagas em edifício-garagem, que são aqueles destinados para abrigar veículos em que as unidades autônomas são exatamente as vagas de garagem, que ficam vinculadas às frações ideais do terreno. Têm matrículas próprias e não há restrição para sua alienação apenas para condôminos.

Assim, as vagas de garagem podem ser assim resumidas¹⁴:

- 1) Área comum: garagem coletiva. Propriedade comum. Na matrícula consta como integrante da área comum.
- 2) Área acessória: garagem coletiva. Propriedade comum. Na matrícula a área consta como integrante da unidade autônoma.
- 3) Unidade autônoma: área exclusiva e matrícula individual, finalidade de servir unidades autônomas.
- 4) Edifício-garagem: área exclusiva e matrícula individual. Sem qualquer

¹⁴ KUMPEL, Vitor Frederico. FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. p. 550. Volume 5, tomo II. 1 ed. São Paulo: YK editora, 2019.

finalidade de servir unidade autônoma.

7 CONCLUSÃO

A incorporação imobiliária é ferramenta largamente utilizada na história, desde o direito romano sempre sendo aperfeiçoada segundo os tempos e modos de viver da sociedade. Ainda hoje é importante instrumento de adequada urbanização nos mais diversos países.

A regulamentação da incorporação imobiliária no Brasil é antiga, mas pode-se dizer que adequada e atual, uma vez que sempre tem ocorrido alterações legislativas para que se adeque às mais diversas necessidades enfrentadas nos diferentes momentos sociais do país.

E assim como a incorporação, o registro de imóveis é uma ferramenta importante, uma vez que salvaguarda o direito de propriedade, que possui feição de direito fundamental (art. 5º, XXII, CF).

O papel do registro imobiliário na incorporação imobiliária é muito intenso e relevante. É que a incorporação só se constitui com o registro na serventia imobiliária.

Esse procedimento se inicia com a protocolização dos documentos previstos no art. 32 da lei nº 4.591/64, com prazo diferenciado de 15 dias, em contraposição ao prazo geral de 30 dias para qualificação registrária (art. 188, LRP).

Após, e sendo a qualificação positiva, é possível que incorporador institua o regime de afetação na incorporação imobiliária, quando terá benefícios tributários advindos do regime especial de tributação. Caso opte pelo patrimônio de afetação, deverá averbar o termo de afetação na serventia imobiliária.

Ato contínuo, é feito o registro da incorporação, que constitui a incorporação imobiliária e permite que o incorporador possa comercializar as unidades autônomas, mais conhecida como venda de imóvel na planta.

Assim que o prédio tiver as obras concluídas, de posse do certificado de conclusão de obras emitido pela Prefeitura, o incorporador de averbar a construção do prédio. Até esse momento, juradamente tem-se ainda apenas um imóvel, de propriedade da incorporadora.

Porém, para que seja individualizada a propriedade de cada um dos adquirentes das unidades autônomas é necessário o registro da instituição e especificação no livro 2 (registro geral). Esse ato registral institui o condomínio entre os adquirentes e individualiza cada uma das propriedades autônomas.

Pari passu, deve ser feito o registro da convenção de condomínio no livro 3 (registro auxiliar), que é o ato em que os adquirentes criam entre si direitos e obrigações a que estão sujeitos. Convém destacar que não apenas os adquirentes presentes nesse momento estão vinculados pela convenção de condomínio, mas também os que futuramente vierem a ser proprietários de unidades autônomas.

Foi destacado no âmbito do presente trabalho que a permuta de terreno com unidades autônomas é instrumento relevante no mercado da incorporação imobiliária. E isso por pelo menos dois fatores: o primeiro, a crise econômica que descapitalizou empresas incorporadoras, o que não permitiu que tivessem caixa e comprassem terrenos. O segundo, por estratégia mercadológica de parte das incorporadoras, que podem entender por ser mais viável a permuta, e não a compra.

Na hipótese de a incorporadora imobiliária optar pela permuta do terreno por unidades autônomas, deverá ser realizado um registro da promessa de permuta antes mesmo da prenotação do pedido de incorporação e após a construção do prédio e os registros da instituição e especificação e da convenção de condomínio, deverá ser feito o registro da permuta efetiva.

Assim, observa que o registro de imóveis é o repositório fiel de todo o histórico, permitindo com que os adquirentes possam verificar a regularidade da incorporação. Tudo isso com vistas a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos registros, gerando valor para toda sociedade e diminuindo os custos informacionais.

REFERÊNCIAS

- BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUENO, Sérgio Luiz José. **Tabelionato de protesto**. São Paulo: Saraiva, 2013. – (Coleção cartórios / coordenador Christiano Cassettari)
- CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos comentada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CHALHUB, MELHIM NAMEM. **Negócio fiduciário: alienação fiduciária, cessão fiduciária, securitização**, Decreto-Lei n. 911, de 1969, Lei n. 8.668, de 1993, Lei n. 9.514, de 1997, Lei n. 10.931/2004. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de registros de imóveis**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2005. vol. 3.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- EL DEBS, Martha. **Legislação notarial e de registros públicos comentada: doutrina, jurisprudência e questões de concursos**. 2ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.
- FERREIRA, Pinto. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. vol. 59.
- KUMPEL, Vitor Frederico. FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. Volume 5, tomo II. 1 ed. São Paulo: YK editora, 2019.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática** 8. ed. rev., atual e ampl. - Salvador: JusPodivm; 2017.
- MEZZARI, Mario Pazutti. **Condomínio e incorporação no Registro de Imóveis**. 5ª ed. Livraria do Advogado : 2020.
- PAIVA, João Pedro Lamana Paiva. **Procedimento de dúvida no registro de imóveis**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RONCATO, Bruna Silveira; RONCATO, Onofre. AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade. **Cooperativas habitacionais como incorporadoras imobiliárias: um estudo a partir da estrutura normativa brasileira**. Brazilian Journal of Development Curitiba, v. 7 , n. 1, p. 11690 - 11701, jan. 2021
- SANTOS, Flauzilino Araújo dos. **Condomínios e incorporações no registro de imóveis: teoria e prática**. São Paulo: Mirante, 2012.

SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. **Registro de imóveis I: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção Cartórios / coordenador Christiano Cassettari)

SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. **Registro de imóveis II: atos ordinários.** São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção Cartórios / coordenador Christiano Cassettari)

SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. **Registro de imóveis III: procedimentos especiais.** São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção Cartórios / coordenador Christiano Cassettari)

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 7ª Ed. São Paulo, Método, 2017.