

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA  
BACHARELADO EM DIREITO**

**A ILEGALIDADE PRESENTE NA VIOLAÇÃO DO DIREITO  
CONSUMERISTA ANTE A OPÇÃO DE INCORPORADORAS  
IMOBILIÁRIAS REFERENTE AO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO**

**VLADÊNIA LETIERI GONÇALVES**

**CARUARU**

**2017**

**VLADÊNIA LETIERI GONÇALVES**

**A ILEGALIDADE PRESENTE NA VIOLAÇÃO DO DIREITO  
CONSUMERISTA ANTE A OPÇÃO DE INCORPORADORAS  
IMOBILIÁRIAS REFERENTE AO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO**

TCC, na modalidade de artigo, apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito como requisito para conclusão da disciplina de Monografia Final – Orientação.

Orientador: Prof. Msc. Rogério Cannizzaro Almeida.

**CARUARU**

**2017**

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>05</b>
<b>2. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA .....</b>	<b>07</b>
<b>3. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>4. PROTEÇÃO LEGAL AO DIREITO DO CONSUMIDOR .....</b>	<b>14</b>
<b>5. CONCLUSÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>19</b>

## RESUMO

O presente estudo buscou evidenciar com base na literatura jurídica se há ilegalidade e quebra do direito do consumidor por parte do art. 31-A da Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964 em se tratando da opção por parte das incorporadoras imobiliárias em relação ao patrimônio de afetação, que diz respeito à separação patrimonial de bens do incorporador para uma incorporação específica, como uma espécie de garantia, cujo intuito é de assegurar a continuidade e a entrega das unidades em construção aos futuros adquirentes, mesmo em caso de falência ou insolvência do incorporador. Trata-se de um estudo realizado através do método dedutivo, de forma descritiva. É também uma pesquisa qualitativa, exatamente por analisar e buscar explicitar o impacto de que a ilegalidade de um dispositivo como este pode trazer às relações de consumo entre incorporador e adquirente de unidade imobiliária. Foram utilizadas informações bibliográficas e documentais, com resultados apresentados de forma qualitativa, visando responder ao problema de pesquisa deste estudo. Por fim, conclui-se que o art. 31-A é contrário às disposições legais vigentes por ferir a legislação consumerista, uma vez que a delegação de um direito fundamental a entes privados não deveria acontecer, tampouco ser entregue ao fornecedor a opção de ‘defesa do consumidor’, já que é esta a função principal da constituição de patrimônio de afetação em uma incorporação imobiliária.

**Palavras-chave:** Incorporação imobiliária. Patrimônio de afetação. Ilegalidade.

## ABSTRACT

The present study sought to show, based on the legal literature, whether there is illegality and breach of the consumer right by the art. 31-A of Law No. 4,591 of December 16, 1964 regarding the option on the part of the real estate developers in relation to the equity of affectation, which refers to the separation of the assets of the property from the developer to a specific incorporation, as a kind of guarantee. The intention is to ensure the continuity and delivery of the units under construction to future purchasers, even in case of bankruptcy or insolvency of the developer. It is a study conducted through the deductive method, in a descriptive way. It is also a qualitative research, precisely for analyzing and seeking to explain the impact that the illegality of a device like this can bring in the consumer relations between the real estate developer and buyer. Learn more bibliographical and documentary, with results found in a qualitative way, aiming to respond to the research problem of this study. Finally, it is concluded that art. 31-A is contrary to the legal provisions in force for hurting consumer legislation, since it is a delegation of a fundamental right to private entities, is not successful, nor is it delivered to the supplier of the consumer protection option, since it is this. The main function of the constitution of equity of affectation in a real estate development.

**Keywords:** Real estate development. Patrimony of affectation. Illegality.

## 1. INTRODUÇÃO

Atualmente, no agreste pernambucano, encontra-se ainda aquecido o mercado de construção civil, mesmo em tempos de crise e especulação financeira. As atividades de incorporação imobiliária e os condomínios em edificações apresentam-se como algo novo, principalmente em cidades do interior através da verticalização, porém já existem no país há várias décadas tendo inclusive regulação data de 1964, através da Lei 4.591 de 16 de dezembro de 1964, que foi recepcionada pela CF em 1988.

A Lei de nº 4.591/64, em seu art. 28, conceitua a atividade de incorporação imobiliária como aquela “[...] 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”. Tal conceito já apresenta de forma intrínseca à relação de consumo, já que se constrói ou aliena algo para alguém, sendo este alguém denominado “consumidor”.

Por sua vez, Chalhub (2005) menciona que na área de negócios imobiliários, a expressão incorporação imobiliária passa a ter um forte significado em mobilizar fatores de produção para construção e venda, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo o agrupamento de pessoas e a articulação de várias medidas no sentido de levar ao término a conclusão da construção.

Toda atividade econômica deve manter sua função social, o que não é diferente na incorporação imobiliária. Neste sentido, Chalhub (2005) ainda afirma que a Lei nº 4.591/64 visa assegurar a consecução desta função social, que se completa quando a construção da edificação é finalizada e a entrega aos adquirentes é efetuada.

Há também os problemas relacionados à possibilidade de não entrega ocasionada por diversos motivos, o que pode trazer problemas sérios principalmente ao consumidor em face ao seu desembolso e à possível perda relacionada a não entrega da unidade. Embora já encontre-se presente no art. 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) a defesa dos interesses coletivos dos adquirentes de unidades em regime de incorporação imobiliária e a regulamentação das incorporações imobiliária se dos condomínios em edificações desde 1964, através da Lei nº 4.591/64, propondo segurança jurídica àqueles que adquiriam imóveis oriundos de incorporações imobiliárias, somados aos pontos já previstos no Código Civil (CC), a legislação vigente mostra-se silente quanto à proteção dos valores pagos pelos adquirentes de incorporação imobiliária, já que estes podem ter desvio de

finalidade e não serem utilizados para a conclusão da construção, tendo destinação diversa à contratada.

Sobre a ausência de proteção ao consumidor mencionada anteriormente em relação aos valores pagos, há também outro ponto frágil nesta relação, sobre o que diz a Lei nº 4.591/64, o art. 31-A, incluído pela Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004, ao afirmar que a constituição de patrimônio de afetação será a critério do incorporador, e assim é transferida a particulares a decisão que deveria vir em forma de proteção pelo Estado.

Ainda sobre o patrimônio de afetação, Missineo (1971, p. 265 *apud* COSTA, 2014, p. 39) apresenta as razões da necessidade desta separação patrimonial, que são:

- 1) atribuir ou reservar certos bens a uma determinada exclusiva destinação, de maneira que fique excluída outra destinação, mesmo que não possa ser lançada;
- 2) ou então reservar a um certo grupo de credores um determinado núcleo de bens, sobre os quais possam eles satisfazer-se com exclusão dos outros, com a consequência de que os outros credores fiquem excluídos e de que, sobre outros bens, tal grupo de credores não pode alegar direitos ou que, ao contrário, este grupo pode satisfazer-se só subsidiariamente, e se necessário, sobre os restantes bens do sujeito (devedor).

Ante ao exposto, questiona-se: Estará o art. 31-A da Lei nº 4.591/64 infringindo a Constituição Federal e a legislação consumerista por delegar a defesa do consumidor à livre escolha das incorporadoras imobiliárias em relação ao patrimônio de afetação?

Deste modo, este trabalho justifica-se por buscar apresentar ao meio acadêmico e à sociedade em geral a importância e os efeitos da ação do Estado em face à garantia dos direitos do consumidor, principalmente em detrimento de uma atividade em franca expansão como a questão das propriedades e a construção civil de forma geral, bem como explicitar os pontos graves em relação à concessão aos fornecedores do poder estatal de regular às relações consumeristas.

Desse modo, pretende-se, a partir deste estudo, auxiliar consumidores adquirentes de unidades de incorporações imobiliárias, escritórios advocatícios e empreendimentos imobiliários acerca da necessidade do respeito a estas relações e à garantia do direito de propriedade.

Para resposta ao problema de pesquisa foi delimitado o objetivo geral, que consiste em evidenciar com base na literatura jurídica se há ilegalidade no art. 31-A da Lei nº 4.591/64 em se tratando da opção por parte das incorporadoras imobiliárias em relação ao patrimônio de afetação.

Para auxílio do objetivo geral na resposta ao problema foram traçados os seguintes objetivos específicos: apresentar os dispositivos jurídicos pertinentes às incorporadoras

imobiliárias; descrever a teoria da afetação e sua vinculação com a relação consumerista; e explicitar se há ilegalidade presente na opção por parte das incorporadoras imobiliárias pela opção ou não pelo patrimônio de afetação.

Trata-se de um estudo a realizado através do método dedutivo, contemplando uma pesquisa exploratória, já que se pretendeu aprofundar o conhecimento sobre a autorização dada pela Lei nº 4.591/64, em seu art. 31-A, do critério de escolha da constituição ou não do patrimônio de afetação, tendo como referência a legislação, a doutrina e a jurisprudência sobre o assunto. É também uma pesquisa qualitativa, por analisar e explicitar o impacto de que a ilegalidade de um dispositivo como este pode trazer às relações de consumo entre incorporador e adquirente de unidade imobiliária.

Por fim, esse estudo também é descritivo já que apresenta através dos resultados desta análise legal. É também de natureza bibliográfica, pois foram colhidos materiais em livros, internet e, em especial, na legislação vigente.

## **2. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

Conforme a Lei nº 4.591/64, em seu art. 28, a incorporação imobiliária é “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”.

A atividade tem como característica o comprometimento ou efetivação da venda de frações ideais de terreno em unidades autônomas. Sendo a formalização da incorporação através de registro em cartório, de modo a permitir a comercialização das unidades imobiliárias.

Para Costa (2007, p. 19) *apud* DESCHAMPS, 2008, p. 20), a atividade imobiliária compreende o “Desmembramento de terrenos, loteamentos, incorporação de imóveis, construção própria ou em condomínio, locação de imóveis próprios ou de terceiros e administração de centros comerciais, Shopping Centers e condomínios residenciais”. Nos últimos anos a atividade imobiliária apresentou índices de crescimento surpreendentes, no entanto, atualmente, passa por um período difícil de redução. Tem-se uma grande quantidade de empreendimentos e uma redução no poder de compra da população. Entretanto, vale ressaltar o seu papel de destaque na economia, pois mesmo com a redução de novos empreendimentos esta atividade ainda continuará movimentando a economia do país de modo

considerável. A atividade imobiliária é apenas um negócio, tendo assim responsáveis, quais sejam, pessoas físicas ou jurídicas. De acordo com a Lei nº 4.591/64, em seu 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.

Assim, verifica-se que o incorporador é o sujeito da relação jurídica que exerce a atividade de incorporação, podendo ser pessoa física ou jurídica, não necessitando exercer a atividade de construtor, já que este pode ser contratado apesar para executar a obra, se necessário. O incorporador possui uma série de deveres e direitos, conforme pode ser visualizado através do quadro 1, adaptado de Costa (2014), a seguir:

**Quadro 1 – Deveres e direitos do incorporador**

DEVERES	DIREITOS
<p>- Antes da construção</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Registrar o memorial de incorporação;</li> <li>• Denunciar a incorporação dentro do prazo de 180 dias, caso desista do negócio;</li> <li>• Restituir os valores pagos pelos adquirentes, caso ocorra a denúncia, no prazo de 30 dias;</li> <li>• Outorgar aos adquirentes, após o prazo de carência sem que tenha ocorrido a denúncia da incorporação, os contratos;</li> <li>• Cumprir com as obrigações constantes nos contratos de compra e venda da incorporação.</li> </ul>	<p>- Antes da construção</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Desistir da incorporação;</li> <li>• Exigir do adquirente a assinatura do contrato definitivo.</li> </ul>
<p>- Durante a construção</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Informar aos adquirentes sobre o andamento da obra a cada seis meses;</li> <li>• Não alterar o projeto do empreendimento, salvo em caso de autorização unânime dos adquirentes;</li> <li>• Comparecer nas assembleias com os adquirentes;</li> <li>• Fiscalizar o fiel cumprimento tributário e previdenciário, quando não for o responsável por tais obrigações.</li> </ul>	<p>- Durante a construção</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Receber os créditos (valores) oriundos do andamento da obra;</li> <li>• Exigir dos adquirentes o pagamento estipulado na promessa de compra e venda;</li> <li>• Transferir para terceiro os direitos do adquirente que estiver em mora;</li> <li>• Reter a unidade como garantia de satisfação do crédito.</li> </ul>
<p>- Após a construção</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Requerer a averbação da construção após a concessão do habite-se junto a autoridade competente, para que sejam individualizadas e discriminadas as unidades.</li> </ul>	

Fonte: Adaptado de Costa (2014)

Outrossim, na relação contratual da incorporação existem dois sujeitos: o incorporador, como já demonstrado, e o adquirente, que é aquele que compra a unidade autônoma de uma incorporação imobiliária. Assim como o incorporador, o adquirente também possui deveres e direitos, porém em função da vulnerabilidade deste sujeito no negócio, ele possui proteção desde a edição da Lei 4.591/64, ou seja, o legislador já buscava, de alguma forma, resguardar os direitos do adquirente, considerado como consumidor, muito antes do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) existir.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), através do REsp. 80.036/SP, já se manifestou sobre a aplicabilidade do CDC em relação às regras da incorporação imobiliária, quando diz em trecho que,

O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.

Por sua vez, o mesmo STJ através do informativo nº 510, da 3ª Turma, define o conceito de consumidor quando diz que:

A determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Dessa forma, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo CDC, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

Este entendimento não é considerado por Tartuce e Neves (2014, p.34) quando dizem que “[...] a expressão consumidor **vulnerável** é pleonástica, uma vez que **todos os consumidores** têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário” (grifou-se).

A jurisprudência majoritária funda-se do informativo do STJ para resolução de casos semelhantes (FERNANDES, 2014). Deste modo, se o adquirente for um investidor pessoa física, os denominados especuladores pela literatura de mercado de capitais, uma vez que estes pretendem adquirir apenas para posteriormente revender o imóvel depois de concluso o empreendimento para obtenção lucro, em tese ele deveria arcar com o risco da operação que

está realizando, não sendo caracterizada a condição de hipossuficiência, já que estes não serão os destinatários finais do produto adquirido. Ressalta-se que se comprovada a vulnerabilidade deste, mesmo em caso de especulação, à luz da jurisprudência do STJ, é possível o reconhecimento da condição de consumidores.

O STJ ainda menciona através do informativo nº 510, da 3ª Turma, que:

Todavia, a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando “finalismo aprofundado”. Assim, tem se admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor [...].

Sobre o tema, o CDC equipara a condição de consumidor à ideia de coletividade de pessoas, estando neste bojo todos os adquirentes de unidades imobiliárias, ainda que estas não estejam individualizadas ou identificadas, mas que sejam partes em uma relação de consumo.

De acordo com o art. 60 da Constituição Federal (CF) de 1988, várias matérias podem ser objeto de Emenda Constitucional (EC), respeitado o processo legislativo, porém o parágrafo 4º, deste mesmo artigo, é explícito ao elencar as cláusulas pétreas, àquelas que não podem abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Especificamente sobre o que preceitua o inciso IV, parágrafo 4º, do art. 60 da CF, os direitos e garantias individuais não podem ser tolhidos sequer por Emenda à Constituição, muito menos por meio de Lei Ordinária.

Ainda de acordo com a CF, em seu art. 5º, inciso XXXII, “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, bem como se considera a defesa do consumidor um princípio geral da ordem econômica conforme previsto no art. 170, inciso V. Ante a isso, o fornecedor ou prestador de serviço, em tese, não poderia ditar as regras de consumo, já que caberá ao Estado realizar defesa ao consumidor que é a parte mais vulnerável, sendo considerada hipossuficiente na relação consumerista, porém há muitos contratos de adesão que fogem à esta regra.

Então, se comprovada a relação de consumo, os consumidores que venham a ter seus direitos lesados por um incorporador, podem intentar ação coletiva com fulcro no art. 81, inc. II do CDC. O que se questiona é que pela opção por parte do fornecedor, o Estado dá a opção da lide ao consumidor, mas não está exatamente garantindo seus direitos e sim o pondo à mercê do entendimento jurisdicional sobre o caso específico.

É importante frisar nesta relação de consumo os direitos e deveres das partes do contrato de incorporação imobiliária. Para tanto, Costa (2014) menciona quais os deveres e direitos do adquirente, como evidenciado no quadro 2:

**Quadro 2 – Deveres e direitos do adquirente**

DEVERES	DIREITOS
<p>- Antes da construção</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Assinar o contrato definitivo.</li> </ul>	<p>- Antes da construção</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Obter do incorporador o contrato da unidade adquirida;</li> <li>• Promover a averbação da carta proposta quando o incorporador não o fizer;</li> <li>• Receber multa de 50% sobre a quantia já paga quando o incorporador não outorgar o contrato;</li> <li>• Receber as quantias já pagas quando houver a denúncia da incorporação com reajuste de 6% a.a., podendo fazer a cobrança através de execução.</li> </ul>
<p>- Durante a construção</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Adimplir com os pagamentos pactuados em seu compromisso de compra e venda.</li> </ul>	<p>- Durante a construção</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Manter-se informado sobre o andamento da obra;</li> <li>• Suspender o pagamento das prestações quando não houver cumprimento do cronograma da obra;</li> <li>• Notificar o incorporador se houver paralisação da obra sem justa causa por mais de 30 dias;</li> <li>• Reunir em assembleia todos os adquirentes para destituir o incorporador, caso ele não retome as atividades da obra após ser notificado;</li> <li>• Assumir a administração da obra como preceitua a Lei;</li> <li>• Ser indenizado quando prejudicado pelo atraso ou não conclusão injustificada da obra.</li> </ul>
	<p>- Após a construção</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Promover a averbação da construção caso o incorporador não o faça;</li> <li>• Obter do incorporador a escritura.</li> </ul>

Fonte: Adaptado de Costa (2014)

A listagem dos deveres e direitos tanto de incorporador, quanto dos adquirentes, torna-se importante e tomam a forma de cláusulas contratuais, uma vez que cada ponto destes

poderá ser cobrado por ambas as partes da incorporação imobiliária, trazendo mais segurança às partes da incorporação.

### 3. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Apesar de existir legislação específica que trata da incorporação imobiliária no Brasil desde 1964, considerando que essa lei rege todo o processo e resguarda, inclusive, os direitos do adquirente, ela não se mostra suficiente para salvaguardar os valores pagos pelos compradores de unidades autônomas de uma incorporação caso a empresa falisse.

Com a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990 a proteção do adquirente tomou uma nova proporção, trazendo o CDC uma visão mais social nas relações de consumo, onde os papéis do fornecedor e do consumidor ficaram mais claros e com definição mais precisa acerca dos direitos e deveres de cada um. Porém, mesmo tendo a relação contratual melhor definida, os adquirentes ainda não possuíam total segurança com relação ao recebimento do bem. E neste caso específico considera-se o incorporador um Fornecedor e o cliente o Consumidor, conforme menciona Fernandes (2014).

Segundo Ehara *et al* (2013, p. 7),

O regime de afetação consiste na segregação de parte do patrimônio, onde o terreno das incorporações, bem como os bens e direitos a ela vinculados passarão a integrar uma espécie de patrimônio autônomo, constituindo assim o patrimônio de afetação, destinado à execução de toda a incorporação e a entrega dos imóveis aos adquirentes.

Dessa forma, o patrimônio de afetação diz respeito à separação patrimonial de bens do incorporador para uma incorporação específica, como uma espécie de garantia, cujo intuito é de assegurar a continuidade e a entrega das unidades em construção aos futuros adquirentes, mesmo em caso de falência ou insolvência do incorporador.

Por isso, Chalhub (2005, p. 90-91) menciona que “nada justifica que esse instrumento seja manejado a critério do incorporador, pois a proteção da economia popular não pode ser objeto de conveniência particular, mas ao contrário, é matéria de interesse público”. Assim, pode-se inferir que tal dispositivo vai de encontro ao que preceitua a CF em relação à defesa do consumidor e também sobre o poder do Estado, já que dá ao incorporador a escolha entre constituir ou não o patrimônio de afetação.

De acordo com Chaves (2014, p. 24) “a definição de afetação do patrimônio é a empresa apartar de seu patrimônio determinado imóvel para construção de um

empreendimento”. Ele ainda menciona que este patrimônio constituído não pode ser afetado por eventual crise financeira ou econômica que a empresa incorporadora venha a sofrer, sendo isso semelhante à criação de uma nova empresa para a construção dessa obra, como uma sociedade com propósito específico.

A Lei nº 10.931/2004 permite que a opção pelo patrimônio de afetação possa ser feita a qualquer tempo, inclusive quando for registrada a incorporação em cartório, sendo necessário apenas transcrever no memorial descritivo o termo de afetação. Esta discricionariedade dada às empresas deixa a relação com o consumidor um tanto fraca, sem maiores garantias, dada a não obrigatoriedade, pois mesmo que se possa fazer a opção a qualquer tempo, pode-se também optar por não fazê-la.

Segundo o parágrafo 8.º, art. 31-A, da Lei 10.931/04, o incorporador só poderá sacar do empreendimento o valor utilizado na aquisição do terreno em proporção compatível às vendas as unidades imobiliárias, deixando claro que cabe a este à preservação dos recursos necessários à conclusão da obra e posterior entrega das unidades. Deve-se frisar que o patrimônio afetado corresponderá apenas ao custo da construção efetivamente, não devendo recair sobre quaisquer taxas oriundas de licenças etc. (SCHERRER, 2012). As receitas afetadas da incorporação para outros de seus empreendimentos não poderão ser usadas pela empresa incorporadora, bem como os seus adquirentes não podem ao assumirem a administração deste patrimônio, utilizarem-se de tais recursos para o pagamento de débitos que não estejam vinculados a essa determinada incorporação (FALCÃO, 2015).

De acordo com Costa (2014), a constituição e a extinção do patrimônio de afetação, segundo a Lei 10.931/04, ocorrerá como evidenciado no quadro 3.

**Quadro 3 – Constituição e extinção do patrimônio de afetação**

CONSTITUIÇÃO	EXTINÇÃO
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ocorre por termo averbado a qualquer tempo entre o registro do memorial de incorporação e a expedição do habite-se no Cartório de Registro de Imóveis;</li> <li>• A obra com mais de uma etapa poderá ter vários patrimônios afetados (art. 31 A, parágrafo 9.º, Lei 10.931/04).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Averbação da construção (com o empreendimento concluído e o adquirente tendo satisfeito os valores acordados, haverá o registro da sua titularidade, tornando-o o novo proprietário, satisfazendo assim as obrigações recíprocas); ou</li> <li>• Pela denúncia da incorporação (desistência do empreendimento pelo incorporador, no prazo legal estipulado); ou</li> <li>• Pela liquidação do patrimônio da afetação (quando há a falência do incorporador).</li> </ul>

Fonte: Adaptado de Costa (2014)

Resta deixar claro que a adoção do patrimônio de afetação nos empreendimentos imobiliários é uma opção do incorporador. A lei não o obriga a adotá-lo, o que pode ser prejudicial à proteção ao consumidor, parte hipossuficiente na relação consumerista.

Sobre isso, Falcão (2015) diz que a afetação não extingue todos os riscos e prejuízos de um empreendimento, mas apenas determina as obrigações que decorrem apenas dos custos do empreendimento que se busca concluir.

O novo Código de Processo Civil (CPC), Lei 13.105/2015, em seu artigo 833, inciso XII diz que são impenhoráveis “[...] os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra”, o que reforça a tese da garantia real, para os consumidores, contida nesta afetação de patrimônio em face à incorporação e também causa preocupação pela possibilidade da escolha partir do incorporador.

Assim, conforme mencionado, à constituição de patrimônio de afetação não extingue os riscos e nem garante totalmente a redução da vulnerabilidade do consumidor (adquirente), mas traz mais confiança em que tal empreendimento será finalizado conforme acordado e também poderá auxiliar o incorporador em relação ao posicionamento no mercado como algo garantido em relação à concorrência.

#### **4. PROTEÇÃO LEGAL AO DIREITO DO CONSUMIDOR**

Conforme o art. 24 da CF, “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, desse modo, reforça-se que a lei não pode conceder escolha ao fornecedor para itens que afetem diretamente o consumidor. Tal ‘escolha’ deveria agir de forma impositiva a partir da letra da lei, conforme menciona o inciso XXXII do art. 5º da CF, que diz que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. É imperativo! É função do Estado esta defesa. Tal função é corroborada pelo que Alves Jr (2013, p. 12) menciona ao afirmar que “A proteção constitucional, resguardada pela atuação judicial, deve ser para o consumidor que age de boa fé em face do fornecedor ou prestador que age de má-fé”.

Semelhantemente ao que diz Constituição sobre a defesa do direito consumerista, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem se posicionando de forma defensiva acerca das questões do direito do consumidor. Essa defensividade diz respeito às decisões da suprema

corte mencionarem apenas conflitos legais ante as lides, mas sem demonstrar ou conhecer a violação constitucional de forma direta (ALVES JR., 2013). Portanto, entende-se a delegação do Estado à opção do incorporador pela constituição ou não do patrimônio de afetação uma violação indireta à Constituição e direta ao direito do consumidor.

Ainda para Alves Jr (2013) essa jurisprudência formada é facilmente comprovada por uma lista de decisões que consideram tais lides como infraconstitucionais e que importam em 20 decisões cuja apreciação reconhece, via repercussão geral, questões que tinham o direito do consumidor apenas como parâmetro normativo. São estas as decisões mencionadas: RE 667.958, ARE 643.085, ARE 640.713, ARE 640.523, ARE 638.484, ARE 640.525, AI 839.695, AI 844.474, AI 844.777, RE 611.639, AI 804.209, AI 751.521, AI 765.567, AI 754.745, RE 591.797, AI 762.184, RE 579.073, RE 576.189, RE 565.138 e RE 641.005.

Em pesquisa realizada acerca da jurisprudência formada pelo STF através do site JusBrasil com os termos “ilegalidade lei 10931/2004 art. 31-a”, foi resultante em 04 (quatro) Recursos Extraordinários (RE): ARE 766.487, ARE 899.232, ARE 903.238 e RE 931.304, dispostos aqui em ordem de data de publicação.

Em uma análise mais detalhada sobre cada recurso mencionado, obteve-se o seguinte resultado:

- ARE 766.487: Trata da discussão da constitucionalidade do art. 28, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 10.931/04 que ainda não foi apreciada e decidida pelo STF, motivo pelo qual se impôs o exame da matéria. Tal análise não vislumbrou o artigo 31-A, que está sendo analisado por este trabalho. O agravo foi desprovido;
- ARE 899.232: Também tratou do art. 28, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 10.931/04. Tal análise não vislumbrou o artigo 31-A, que está sendo analisado por este trabalho. Foi negado seguimento ao agravo;
- ARE 903.238: Também tratou do art. 28, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 10.931/04. Tal análise não vislumbrou o artigo 31-A, que está sendo analisado por este trabalho. Foi negado seguimento ao agravo; e
- RE 931.304: ARE 903.238: Também tratou do art. 28, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 10.931/04. Tal análise não vislumbrou o artigo 31-A, que está sendo analisado por este trabalho. Foi negado seguimento ao Recurso Extraordinário.

Em suma, o retorno da pesquisa não apresentou qualquer resultado que tratasse diretamente do art. 31-A da Lei nº 10.931/04.

Quando refinada a pesquisa incluindo o termo “afetação” em relação ao patrimônio de afetação, aparecem apenas 03 (três) Apelações Cíveis: AC 4852 TJ/MS 2012.004852-6; AC 5028045-72.2013.4.04.7000/PR (TRF4); e AC 70069900959 TJ/RS; também dispostas por ordem de data de publicação. Frisa-se que tais decisões não versam sobre ilegalidade. Em uma análise mais detalhada sobre cada apelação mencionada, obteve-se o seguinte resultado:

- AC 4852 TJ/MS 2012.004852-6: Dispõe sobre o pagamento de juros moratórios sobre cédulas bancárias. Não se tratou sobre o art. 31-A. Recurso improvido;
- AC 5028045-72.2013.4.04.7000/PR: Esta é a única decisão que trata especificamente sobre o art. 31-A da Lei nº 10.931/04, porém não questiona a liberalidade do incorporador em poder constituir patrimônio de afetação ou não. Trata-se de ação que visava o cancelamento de gravame hipotecário sobre imóveis hipotecados. Tal decisão cita claramente um problema que é evidenciado nesta pesquisa *“Essa dificuldade seria evitada, caso o patrimônio de afetação houvesse se constituído em uma medida efetiva. Mas poucas construtoras chegam a empregar referido mecanismo”*. O recurso foi provido parcialmente e condenados a Caixa Econômica Federal e a Construtora/Incorporadora em face aos consumidores/autores;
- AC 70069900959 TJ/RS: Dispõe sobre o pagamento de juros moratórios sobre cédulas bancárias. Não se tratou sobre o art. 31-A. Recurso improvido.

É necessário ratificar que a partir da Constituição, o Direito do Consumidor foi alçado à categoria de Direitos Fundamentais, logo é função principal do Estado prover prestação positiva e da criação de um direito subjetivo do consumidor.

Duque (2008) menciona a importância do Estado em preservar a identidade constitucional da defesa do consumidor,

Nesse sentido, repele-se toda e qualquer modificação constitucional que venha a abolir a necessidade de efetiva proteção do consumidor, como realização dos paradigmas de qualidade, segurança e de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro. A preservação da identidade constitucional, pela manutenção das decisões fundamentais do poder constituinte – entre as quais, repita-se, encontra-se a necessidade de proteção do consumidor - com o escopo de preservação de elementos essenciais, insuscetíveis de supressão, é uma meta a ser perseguida, incansavelmente.

Ante ao exposto, entende-se que o art. 31-A da Lei nº 10.931/2004 vai de encontro ao que preceitua legislação sobre a defesa do direito do consumidor e por isso defende-se a ilegalidade de tal dispositivo, bem como questiona-se o porquê de ainda não haver sido questionada judicialmente sua legalidade sob o bojo da quebra da defesa do consumidor pelo órgão estatal.

## **5CONCLUSÃO**

Este trabalho buscou evidenciar se o art. 31-A da Lei nº 4.591/64 apresenta-se como um dispositivo ilegalidade e ferir o Direito Consumerista, exatamente por delegar a defesa do consumidor à livre escolha das incorporadoras imobiliárias em relação à constituição de patrimônio de afetação.

Conforme evidenciado a constituição de patrimônio de afetação diz respeito à separação patrimonial de bens do incorporador para uma incorporação específica, separação esta que age como uma espécie de garantia, cujo intuito é de assegurar a continuidade da obra e a entrega das unidades em construção aos futuros adquirentes, mesmo em caso de falência ou insolvência do incorporador. O patrimônio constituído não pode ser afetado também por eventual crise financeira ou econômica que a empresa incorporadora venha a sofrer, sendo esta incorporação semelhante à criação de uma nova empresa para a construção dessa obra, como uma sociedade com propósito específico.

Cabe lembrar que o art. 5º, inciso XXXII, da CF atribui ao Estado a defesa do consumidor, sendo ao longo do texto apresentado a letra constitucional cuja inserção mostra-se como um direito fundamental e para tanto requer a proteção estatal aos direitos do consumidor, conforme menciona o art. 60 da CF.

Mostrou-se também a qualificação do adquirente como consumidor e por isso dotado de necessidade de proteção ante aos fornecedores, incorporadores imobiliários, fato este corroborado pelo STJ através do REsp. 80.036/SP, já se manifestou sobre a aplicabilidade do CDC em relação às regras da incorporação imobiliária, mencionando que embora tal assunto tenha lei própria, não há afastamento da incidência do CDC nesta relação.

Conforme evidenciado, em pesquisa realizada acerca de jurisprudência formada por tribunais não foram encontradas ações que questionassem a constitucionalidade de tal artigo ou da possibilidade de escolha de constituição de patrimônio de afetação. Apenas uma Apelação Cível julgada pelo TRF 4 chegou a mencionar o patrimônio de afetação ao informar

que “Essa dificuldade seria evitada, caso o patrimônio de afetação houvesse se constituído em uma medida efetiva. Mas poucas construtoras chegam a empregar referido mecanismo”. Tal menção corrobora a alegada ilegalidade defendida por este trabalho.

Diante disso, conclui-se que o art. 31-A é contrário às disposições legais vigentes, uma vez que a delegação de um direito fundamental a entes privados não deveria acontecer, tampouco ser entregue ao fornecedor a opção de ‘defesa do consumidor’, já que é esta a função principal da constituição de patrimônio de afetação em uma incorporação imobiliária.

## REFERÊNCIAS

ALVES JR. Luís Carlos Martins. A proteção constitucional do direito do consumidor na dinâmica jurisprudencial do supremo tribunal federal. **Universitas/JUS**. v. 24, n. 1, p. 11-24, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/2059/1888>> Acesso em: 02 mai. 2017.

BEUREN, Ilse Maria (Org.) **Como Elaborar Trabalhos Monográficos em Contabilidade: Teoria e Prática**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 4.591**, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L4591.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.931**, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2017.

CHALHUB, Menim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CHAVES, Francisco Coutinho. **Contabilidade prática na construção civil**: de acordo com as normas internacionais de contabilidade. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Wedlla Félix Soares. **Uma proposta acerca da necessidade de implantação da obrigatoriedade de adesão ao regime do patrimônio de afetação pelas incorporações imobiliárias**. 2014. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Associação Caruaruense de Ensino Superior e Técnico, Caruaru, 2014.

DESCHAMPS, Gabriela. **PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO: LUCRO PRESUMIDO X LUCRO REAL EM UMA EMPRESA INCORPORADORA IMOBILIÁRIA**. 2008. 50 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Contábeis) – Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 2008. Disponível em: <[tcc.bu.ufsc.br/Contabeis292217.pdf](http://tcc.bu.ufsc.br/Contabeis292217.pdf)>. Acesso em: 12 ago. 2016.

DUQUE, Marcelo Schenk. Cláusulas constitucionais de inabolibilidade, realidade e garantia de identidade da constituição: um olhar sob o prisma do direito fundamental de proteção ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 17, n. 66, abr./jun. 2008. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/84396/clausulas\\_constitucionais\\_inabolibilidade\\_duque.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/84396/clausulas_constitucionais_inabolibilidade_duque.pdf)> Acesso em: 05 mai. 2017.

EHARA, Aline O.; KIMURA, Érika T.; FELIPE, Géssica B.; ALMEIDA, Keli G.; NOGUEIRA, Daniel R. A adoção do patrimônio de afetação nas empresas de incorporação imobiliária: um estudo de caso em uma incorporadora da cidade de Londrina. **Revista de Estudos Contábeis**, Londrina, v. 4, n. 7, p. 3-19, Jul./Dez. 2013. Disponível em: <[www.uel.br/revistas/uel/index.php/rec/article/download/14536/14418](http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/rec/article/download/14536/14418)> Acesso em: 11 mai. 2017.

FALCÃO, Clarissa de Carvalho Freire. **O patrimônio de afetação nas incorporações de imóveis residenciais e a impenhorabilidade de créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias no novo CPC, 2015**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-patrimonio-de-afetacao-nas-incorporacoes-de-imoveis-residenciais-e-a-impenhorabilidade-de-creditos-oriundos-,54152.html>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

FERNANDES, Oton. **Incorporação imobiliária**: construção histórica, fundamento legal e delimitação conceitual, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28219/comentarios-sobre-incorporacao-imobiliaria-a-luz-do-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

JUSBRASIL. **Jurisprudência**. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ilegalidade+lei+10931%2F2004>>

Acesso em: 14 mai. 2017.

SCHERRER, Alberto Manoel. **Contabilidade Imobiliária**: abordagem sistêmica, gerencial e fiscal. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Informativo nº 510** – Período de 18 de dezembro de 2012. Disponível em:

<[www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0510.rtf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0510.rtf)> Acesso em: 14 mar. 2017

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial 80.036/SP**. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/547169/recurso-especial-resp-80036>> Acesso em:

18 out. 2016.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.