

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO - ASCES
BACHARELADO DE DIREITO

DA NATURALIDADE DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA

TIAGO FERNANDO GOMES VIDAL

CARUARU

2015

TIAGO FERNANDO GOMES VIDAL

**DA NATURALIDADE DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Associação Caruaruense de Ensino Superior e Técnico, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Msc. Rogério Cannizzaro Almeida

CARUARU

2015

BANCA EXAMINADORA

Presidente:

Avaliador:

Avaliador:

CARUARU
2015

Dedico esse trabalho a Deus, que sempre me abençoou, nunca me abandonou e me deu toda a sabedoria para que eu conseguisse prosseguir e concluir não somente essa, mas as demais etapas por mim já conquistadas. Toda honra e toda a glória pertencem a Ele. Dedico também ao meu pai Fernando Vidal que sempre acompanhou os meus estudos e esteve sempre disposto a contribuir com meu crescimento, a minha mãe Lucy Daniele Vidal que sempre esteve ao meu lado em todas as minhas escolhas e em todos os momentos me aconselhando com seus conhecimentos embasados na palavra de Deus. Ao meu avô que é o meu maior exemplo de determinação e me mostrou na prática o que é responsabilidade e compromisso e que sem os seus ensinamentos diários eu nunca teria chegado até aqui.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por todas as bênçãos e oportunidades que Ele me concedeu e tem me concedido. Agradecer aos meus pais Fernando Vidal e Lucy Daniele Vidal e ao meu avô Nivaldo Freitas Vidal que sempre confiaram e acreditaram em mim.

Queria destacar a importância no decorrer do meu curso e da minha vida, da assistência prestada por meu tio André Luiz Vidal e pela minha tia Ana Paula Vidal que sempre estiveram e se mostraram dispostos a ajudar com o que fosse necessário para contribuir com o meu crescimento.

Agradeço também aos meus amigos e aos meus colegas de trabalho que sempre me incentivaram e sempre estiveram por perto acompanhando todo meu esforço. Ao professor desta instituição Rogério Cannizzaro Almeida que aceitou e me ajudou a desenvolver o tema com todo interesse e compreensão das minhas limitações.

A todos aqueles que de alguma forma também contribuíram, os meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho trata do Patrimônio de Afetação como sendo um mecanismo natural da incorporação imobiliária. Após o registro do memorial de incorporação no cartório de Registro de Imóveis, não se pode destinar ao imóvel incorporado outra finalidade a não ser a entrega das unidades aos seus respectivos adquirentes. Dispõe sobre a posição de hipossuficiência dos adquirentes em relação ao incorporador e ainda sobre o privilégio devido a Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004 deixar a critério do incorporador a implantação de um dos principais mecanismos que asseguraria os direitos dos adquirentes. Entretanto, o presente, ainda trata sobre todos os direitos e obrigações do incorporador bem como dos adquirentes, o que se encontra elencado na lei de incorporações e no Código de Defesa do Consumidor. Foi realizado a partir de uma pesquisa crítica e análise de casos em que se constatou que uma incorporação não afetada tem uma grande probabilidade de se assemelhar a casos anteriores à modificação da referida legislação, em que os adquirentes foram bastante prejudicados e que o Patrimônio de Afetação é um instituto que pertence a natureza da incorporação e atualmente não está alcançando principal objetivo. Aborda ainda todos os conceitos sobre a incorporação imobiliária e todo seu processo até sua conclusão, os tipos de segurança ao adquirente a luz do Código de Defesa do Consumidor e na própria lei de incorporações, destacando por último o Patrimônio de Afetação, analisando suas vantagens e sua natureza, propondo soluções no intuito de alterar o diploma legal existente ou instruir os adquirentes sobre a segurança de seus direitos.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária; Direito do Consumidor; Patrimônio de afetação; Naturalidade; Segurança Jurídica do Adquirente.

ABSTRACT

This study deals with the affectation of Heritage as a natural mechanism of real estate development. After the merger Memorial registration at the registry office, you can not assign this property incorporated other purpose other than the delivery of the units to their respective acquirers. It regulates the inferiority position of purchasers in relation to the developer as well as on the privilege due to Law No. 10.931 of 2 August 2004 to leave the incorporator of the criteria the implementation of one of the main mechanisms that would ensure the rights of purchasers. However, this also deals with all the rights and obligations of the developer and the purchasers, which is part listed in the law of mergers and Consumer Protection Code. It was conducted from a critical research and analysis of cases in which it was found that a merger will not affected has a high probability of being similar to previous cases the modification of such legislation, in which the buyers were quite damaged and the Heritage affectation is an institute that belongs to the nature of development and is not currently reaching main goal. It also addresses all concepts of real estate and all its process to its conclusion, the types of security by acquiring the light of the Consumer Protection Code and the law itself mergers, highlighting last the affectation of Heritage, analyzing its advantages and nature, proposing solutions in order to change the existing legal instrument or instruct purchasers on the safety of their rights

Keywords: Real estate development; Consumer Law; appropriated assets; Naturalness; Legal security of the Purchaser.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	
1.1 Condomínio edilício e incorporação imobiliária.....	11
1.2 Incorporador.....	13
1.3 Memorial de incorporação.....	15
1.4 Direitos e deveres do incorporador.....	17
1.4.1 Deveres antes da construção.....	17
1.4.2 Deveres durante a construção.....	19
1.4.3 Deveres após a construção.....	20
1.4.4 Direitos do incorporador.....	20
1.5 Direitos e deveres do adquirente.....	21
2 SISTEMA DE PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE	
2.1 Posição de vulnerabilidade dos adquirentes.....	24
2.2 O contrato de incorporação sob a perspectiva do CDC.....	26
2.3 Proteção do adquirente no regime das incorporações imobiliárias – Lei 4.591/64.....	30
3 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO	
3.1 Origem.....	33
3.2 Teoria de afetação no Direito imobiliário.....	35
3.3 Constituição e extinção do Patrimônio de Afetação.....	36
3.4 Vantagens do patrimônio afetado na incorporação imobiliária.....	38
3.5 Naturalidade da afetação.....	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

O mercado imobiliário é uma forte fonte de investimento e tem crescido bastante como a construção civil por meio das facilidades oferecidas atualmente. O *déficit* habitacional está cada vez menor e isso gira em torno das estratégias criadas para atrair a população, que muitas vezes facilita o acesso a esse mercado. Com esses e outros motivos, surgem grandes oportunidades tanto para aqueles que querem adquirir unidades imobiliárias tanto quanto para aqueles que pretendem investir com o intuito de um retorno lucrativo. Uma das principais propostas de venda e compra de imóveis é a incorporação imobiliária, que nada mais é do que a comercialização de imóveis na planta.

A incorporação imobiliária é regulamentada por um ordenamento específico, disposto na Lei de condomínio e incorporações imobiliárias nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964, que tem como ideia principal o comprometimento ou a venda de frações ideais de um terreno objetivando a vinculação das mesmas frações às unidades autônomas em edificações a serem construídas ou em construção, sob regime condominial, com a responsabilidade pela entrega da obra concluída em certo prazo, por um preço determinado e sob condições estabelecidas. É caracterizada pela intenção de se alienar, pela venda antecipada das unidades e ainda por visar o lucro. São múltiplas propriedades concentradas em um mesmo imóvel, todas distintas e individualizadas, e transferíveis a interessados no curso da construção. Será instituída mediante um memorial de incorporação que será levado a registro e arquivamento no Registro Geral de Imóveis, onde conterão as informações jurídicas, financeiras e empresariais do negócio da incorporação.

Com a venda antecipada das frações ideais vinculadas às unidades futuras como apartamentos, salas, lojas etc., recai sobre o incorporador – pessoa natural ou jurídica que irá promover a construção das unidades para a sua alienação total ou parcial – a responsabilidade na conclusão da obra e na entrega das unidades ao término da construção, porém, por mais que a atividade do incorporador seja conhecida já de outros empreendimentos anteriores, de qualquer forma, também é gerado um risco ao adquirente, por existirem casos de abandono ou insolvência de muitos empreendedores, que simplesmente paralisavam a construção. No entanto, em outras palavras, estariam os compradores adquirindo o que ainda não está concretizado, ou seja, o que ainda “não” existe, dando uma completa insegurança ao cumprimento dos negócios.

Nesta posição de vulnerabilidade na qual os adquirentes das futuras unidades se encontram, a Lei de condomínio e incorporações imobiliárias nº 4.591/1964, introduziu a responsabilidade do incorporador e dos profissionais envolvidos no negócio, envolvendo garantias que ao longo dos anos, com casos concretos e com o aumento da atividade incorporativa, tiveram que ser modificadas. Posteriormente, com as inovações e ajustes que a doutrina e a jurisprudência trouxeram, procurando sempre resgatar a confiança dos interessados no mercado imobiliário, principalmente após a decretação da falência de uma das maiores incorporadoras do país, a ENCOL S/A Engenharia, Indústria e Comércio, em março de 1999, foi visto com a prática que era mais que necessário uma regulamentação que fosse capaz de passar a segurança que os compradores das frações ideais vinculadas aos futuros apartamentos em construção ou que ainda viriam a ser construídos precisavam.

Dessa forma, foi introduzido na Lei nº 4.591/1964 o mecanismo conhecido como patrimônio de afetação ou regime de afetação, que trata de uma tutela especial que tem como principal objetivo assegurar a recomposição imediata dos patrimônios individuais dos adquirentes de fração ideal vinculada à unidade autônoma em construção ou a ser construída, nos casos de quebra, falência ou insolvência civil do incorporador. Consequentemente, tal mecanismo permite que seja reestabelecido a confiança e segurança ao mercado imobiliário. Outros objetivos secundários, como o controle centralizado dos recursos financeiros destinados à incorporação, a manutenção de contabilidade separada, a fiscalização das obras e do patrimônio de afetação, direta ou indiretamente já estavam contemplados na lei das incorporações. Esse mecanismo aparta o patrimônio da afetação do patrimônio do incorporador, ou seja, os torna incomunicáveis e cada um responde por suas respectivas dívidas, destinando aquele imóvel à incorporação e condicionando o incorporador a entregar as unidades futuras aos devidos adquirentes.

Inicialmente, introduzida pela medida Provisória nº 2.221, de 04 de setembro de 2001, porém, com várias questões ainda controvertidas, e posteriores modificações sofridas com sua revogação pela Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, que colou na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, os artigos 31-A a 31-F, ainda permanece carente de alguns ajustes.

Os objetivos do presente estudo são: I - desenvolver um entendimento de condomínio e incorporação imobiliária, onde trate sobre os aspectos procedimentais e registrais da incorporação imobiliária e sua legislação; II - dispor sobre as responsabilidades do incorporador perante a incorporação, e aos adquirentes e seus respectivos direitos e deveres; III - mostrar o principal significado do termo “afetação” para o direito onde essa interpretação

possa iniciar o entendimento do regime do patrimônio de afetação como um mecanismo natural da incorporação imobiliária.

O presente trabalho foi realizado a partir de um estudo e uma análise detalhada de casos o qual será dividido em três capítulos onde primeiramente irá tratar sobre o condomínio edilício e seus tipos, até chegar na incorporação imobiliária. De forma conceituada, dispõe sobre as questões e procedimentos registraes em relação ao memorial de incorporação e seus efeitos após o respectivo registro e arquivamento no Registro de Imóveis, em face do incorporador e dos adquirentes das futuras unidades. Ainda irá caracterizar a figura do incorporador na incorporação e imobiliária e dos adquirentes, distinguindo a cada um deles os seus direitos e deveres. Posteriormente será reconhecido a posição em que se encontram os adquirentes onde serão observados os mecanismos que assegurarão o adquirente a luz do Código de Defesa do Consumidor e da própria Lei de incorporações. Ao final, após expostos os sistemas que são utilizados para assegurar os adquirentes, será abordada a origem do regime do patrimônio de afetação, seguido da discussão sobre a teoria da afetação e concluindo com o modo de constituição e extinção e suas vantagens e benefícios para os adquirentes até analisar a naturalidade deste mecanismo na incorporação imobiliária.

1 DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

1.1 Condomínio edilício e incorporação imobiliária

A expressão condomínio revela uma comunhão de direitos entre duas ou mais pessoas sobre um bem ou um conjunto de bens, ou seja, quando duas ou mais pessoas adquirem o mesmo imóvel de forma que os dois possuam a titularidade do bem, ou sobre uma porção, quota ou parte do mesmo, resultando em deveres e obrigações como condôminos.

Regido pelo Código Civil e pela Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964, o condomínio possui espécies e modalidades. Dentre as espécies, existe a do condomínio comum ou tradicional, tratado no Código Civil de 2002 como condomínio Geral, onde a posse de cada consorte é indeterminada e comum, de forma que um possa exercer um poder jurídico sobre a coisa inteira, sem excluir o poder jurídico do outro ou dos outros consortes. Trata o artigo 1.314 do Código Civil: Cada condômino poder usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

Esse tipo de condomínio poderá ser voluntário, quando formado pela vontade das partes, onde cada titular é proprietário de uma quota-parte, porém, o uso da coisa conforme sua destinação será em conjunto com os demais coproprietários, ou necessário quando decorrer de disposições legais onde a indivisão deverá ser permanentemente mantida.

Junto ao condomínio comum e tradicional, há um tipo de condomínio especial e diferente, que se estabelece em um imóvel, formando-se a partir da copropriedade em um terreno e que, por convenção, se especificam partes de uso e proveito comum, e partes de uso e proveito exclusivo e separado de cada um dos condôminos. Neste instituto jurídico distinto se combinam regras de propriedade individual e do condomínio, conjugando a indivisão e a comunhão em certas áreas dentro de um mesmo imóvel.¹ O condomínio edilício, como consta no Código Civil brasileiro a partir do artigo 1.331, é também conhecido como condomínio horizontal ou propriedade horizontal, e tem como sua principal característica a justaposição de propriedades distintas, devidamente individualizadas, e ao mesmo tempo com o condomínio em partes forçadamente comuns do edifício, ou seja, nada mais é do que um condomínio formado em edifícios, prédios e em outras edificações, até mesmo em áreas de terras, se nelas

¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.04.

forem construídas casas ou prédios térreos ou assobradados desde que possuam áreas privativas e áreas em comum entre os condôminos.

O condomínio edilício é instituído por ato entre vivos onde esteja exposto uma manifestação de vontade que submeta a propriedade ao regime da Lei 4.591/64, constando neste documento as necessárias informações sobre o título de domínio do respectivo imóvel, a individualização de cada unidade, sua identificação e discriminação, e ainda a fração ideal sobre o terreno e as partes comuns atribuída a cada unidade. Segundo o artigo 1.332 do Código Civil e artigo 7º da Lei 4.591/64, poderá ser feito mediante instrumento público ou particular, bem como por testamento, desde que registrados no Cartório de registro de Imóveis.

Este instrumento de instituição do condomínio edilício, após firmado e registrado, irá modificar o direito real de propriedade, uma vez que o que acontece é a transferência de um regime jurídico para outro, portanto, existe a interpretação baseada no artigo 108 do Código Civil, que a migração do regime da propriedade exclusiva ou em condomínio geral para o regime do condomínio edilício altera o direito real anteriormente existente, sendo necessária sua instituição por meio da escritura pública, porém segundo a explicação de Mario Pazutti Mezzari²:

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

Portanto, ainda com essas perspectivas, não existe exigência legal para a forma da constituição em um regime diferenciado, sendo válido, por nada impedir, que o condomínio pode ser instituído por escritura pública como em escrito particular, tendo apenas como único requisito a forma escrita para fins registrais, títulos este elencado no artigo 221 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro 1973.

Dentre as formas de constituição de condomínio, por meio da incorporação imobiliária também se dá a formação do condomínio. No momento em que uma pessoa ou uma empresa adquirir um terreno, promover uma edificação e pôr à venda as unidades em construção ou a serem construídas, vinculando-as a uma respectiva fração ideal do terreno, os adquirentes

² MEZZARI, Mario Pazutti. *Condomínio e incorporação no registro imobiliário*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.63.

desses futuros apartamentos constituirão o condomínio, pois se tornam proprietários das unidades que irão compor o empreendimento.

A incorporação imobiliária é uma atividade de construção de edifícios, a qual está conceituada de forma sucinta no artigo 28 da Lei 4.591/64, onde se considera incorporação, aquela atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações de unidades autônomas.³ É uma atividade complexa onde é possível identificar vários aspectos e elementos que a caracterizam como uma atividade incorporativa. Primeiramente é necessário que haja uma intenção de alienar as unidades independentes, de forma que esse intuito seja de promover a venda antecipada desses imóveis, em construção ou a serem construídos, para que assim sejam adquiridos os recursos para a edificação do empreendimento e a obtenção do lucro seja alcançada pelo incorporador ou pelos incorporadores.

Haja vista a comercialização das unidades ainda na planta ser uma das características fundamentais da incorporação imobiliária, esse tipo de venda estará sujeito a determinadas regras específicas, pois a venda imobiliária está regulada pelo Código Civil e tem a compra e venda como o contrato mais tradicional existente. No entanto, a compra e venda em incorporação necessita de uma tutela jurídica especial de modo que possa dar aos adquirentes a necessária confiança na compra de um imóvel ainda em construção e assegurar os demais negócios vinculados ao empreendimento, que mesmo com várias modificações na legislação, ainda se faz necessário a clareza de alguns mecanismos com essa finalidade.

1.2 Incorporador

Como é sabido, a incorporação imobiliária possui elementos fundamentais à sua existência, e se faz necessário identificar cada um dos seus participantes. A construção é uma atividade composta por diversas áreas e serviços em um só negócio, e da mesma forma na construção em incorporação imobiliária, porém, existe aquele responsável por coordenar e levar a cabo a incorporação, ou seja, dá segmento e se comprometer para desenvolver uma edificação coletiva que tem em sua composição diversos fatores. Além de acompanhar a incorporação desde o início, essa pessoa natural ou jurídica que estará à frente, promoverá e negociará a comercialização das unidades futuras em construção ou a serem construídas.

³ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias

Portanto, este que atuará nesta tarefa é conhecido como incorporador e está inicialmente definido no artigo 29 da Lei 4.591/64:

Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comercialmente 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, e 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.

É notório que, de acordo com o disciplinado em lei, a figura do incorporador é caracterizada pela atividade a qual ele exerce, logo, aquela pessoa natural ou jurídica, desde que capaz e legítima e que esteja no exercício dos direitos sobre imóveis disponíveis, que promover a construção de edificação composta de unidades autônomas para a sua alienação total ou parcial, será considerado incorporador. É de responsabilidade do incorporador, tomar a frente do empreendimento, coordenando e levando-o a termo desde o início da construção até a conclusão com a entrega das unidades autônomas aos adquirentes. Ainda complementa o artigo 30 da lei 4.591/64, que: “Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratarem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.”

Defende Hércules Aghiarian⁴ que não poderá ser incorporadora uma simples pessoa natural sem estar devidamente integrada a um grupo econômico, onde, como sócio de determinada empresa de incorporação sob forma de firma individual ou até mesmo empresa individual de responsabilidade limitada, poderá, juntamente com técnicos habilitados, exercer a atividade incorporativa, porém não há disposição legislativa que restringe a pessoa física nesses moldes.

A lei 4.591/64 estabelece no artigo 31, também poderá ser incorporador o proprietário do terreno, o titular de direitos aquisitivos irrevogáveis, o procurador legalmente autorizado, o construtor e o corretor de imóveis, não havendo uma exigência de qualquer tipo de habilitação especial para ser incorporador. A lei prevê, ainda, que pode ser comerciante ou não, uma vez que não é possível desvincular o fim lucrativo do negócio.

⁴ AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.207.

Vale salientar que, não sendo o incorporador construtor, ficará este encarregado de ir a procura e contratar uma empresa construtora, fixando as formas de remuneração, prazos e penalidades, entre outros aspectos técnicos e contratuais.

1.3 Memorial de Incorporação

Em síntese, o memorial de incorporação⁵ não é nada mais que um dossiê que deverá ser arquivado em cartório de imóveis competente para dar publicidade do empreendimento aos terceiros interessados em adquirir, e possibilitar a comercialização das futuras unidades, principalmente em relação a anúncios e propagandas referente a construção, não podendo o incorporador efetuar qualquer negócio, tampouco divulgar qualquer comercial relacionado a venda sem o prévio arquivamento e registro no Registro de Imóveis, sob pena de contravenção à economia popular. É ato jurídico básico do negócio jurídico da incorporação, onde conterà todas as informações e ainda todos os documentos que descrevem e caracterizam o empreendimento planejado por completo, como o respectivo título de propriedade do terreno, cópia do projeto aprovado pelas autoridades municipais, o custo global da obra e a especificação dos materiais que serão utilizados.

Exige a lei 4.591/64, que dispõe sobre condomínio e incorporação imobiliária, em seu artigo 32, e ainda o artigo 167, I, nº 17, da lei 6.015/73, que o incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis a documentação elencada em suas alíneas, que são: título de propriedade do terreno devidamente registrado juntamente com histórico de propriedade dos últimos vinte anos; certidões negativas em nome do incorporador e do proprietário do terreno caso sejam diferentes, e relativas ao imóvel; projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes; cálculo de todas as áreas pertencentes a cada unidade; memorial descritivo, onde conterà além das áreas e dependências, as demais características de cada unidade futura; avaliação atualizada do custo global da obra; discriminação das frações ideais do terreno correspondentes a cada unidade autônoma; minuta de uma futura convenção de condomínio a qual irar reger os futuros condôminos; declaração do prazo de carência se houver; declaração instruída com planta sobre o número de veículos que a garagem comporta

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.249.

e os locais destinados à guarda dos mesmos. Em regra, deverão ser apresentadas em vias originais, sendo admitidas cópias em algumas situações e dependendo de normativo estadual.

Juntada essa documentação, apresentada em cartório competente e devidamente registrada, o memorial identificará cada parte do empreendimento e ainda as informações técnicas, jurídicas, financeiras e empresariais da incorporação, inclusive o responsável, o qual o Oficial de Registro de Imóveis poderá divulgar seu nome em todas as informações que vierem a ser solicitadas referente a incorporação e titularidade do imóvel incorporado.

O registro da incorporação terá um prazo de validade que dependerá das circunstâncias do caso concreto para a sua validação. Segundo o artigo 33 da lei 4.591 de 1964, com redação do artigo 12 da lei 4.864/65, 180 dias será o prazo em que a incorporação estará válida. Para que seja efetivada a incorporação, será necessário que durante esse prazo seja negociada alguma unidade ou contrato de financiamento da construção e sendo estes registrados na matrícula do imóvel. Caso findo o prazo sem nenhuma alienação ou contrato de financiamento tenha sido levado a registro resultará na caducidade do memorial e contando a partir do primeiro dia posterior ao prazo de validade, não serão admitidos registro de qualquer documento fundado na incorporação, até que o incorporador revalide a incorporação por mais 180 dias a partir da apresentação de todas certidões e demais documentos atualizados exigidos no artigo 32 da Lei 4.591/64, instruída com requerimento ao Oficial de Registro como autoriza ao artigo 33 da mesma lei.

Além da caracterização do instituto e da autorização para o incorporador negociar as unidades autônomas⁶, com o memorial de incorporação imobiliária registrado, de certa forma, o terreno incorporado já fica afetado a uma destinação específica, qual seja, a construção do empreendimento, ou seja, de um condomínio edilício, formado por unidades autônomas que serão construídas, responsabilizando o incorporador pela entrega, em prazo certo, pelo preço certo e pelas condições de entrega da obra concluída aos respectivos adquirentes das unidades imobiliárias deles decorrentes, não havendo possibilidade de se atribuir outra finalidade ao negócio jurídico que não seja a conclusão do empreendimento e a entrega das unidades aos adquirentes, valendo ressaltar que caso contrário, a segurança jurídica buscada pelos adquirentes naquelas incorporações as quais possuem memorial registrado, seria providência descabida de função. Porém, mesmo com a inviabilidade de se atribuir finalidade diversa ao terreno incorporado, por outro lado, com o registro da incorporação, o imóvel objeto não fica

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 212.

apartado do patrimônio do incorporador, mas apenas destinado a um fim específico, podendo, contudo, responder por quaisquer dívidas do seu proprietário.

É de extrema importância também para os adquirentes, que o empreendimento mediante incorporação possua registro de seu memorial, pois será nele que os compradores além de encontrarem as características do imóvel, poderão ter acesso ao histórico processual do incorporador por meio das certidões negativas arquivadas junto ao memorial descritivo dos seus títulos dos últimos vinte anos.

1.4 Direitos e deveres do incorporador

Como em qualquer negócio jurídico existem direitos e deveres inerentes as partes, as quais encontram-se dispostas no Capítulo II do Título II da Lei 4.591/64 e ainda em outros artigos da mesma lei, para a figura do incorporador.

A presença do incorporador na incorporação é imprescindível, de modo que o empreendimento necessita de um responsável⁷ que não somente se obrigue no curso da construção, mas também no início, durante e no término da incorporação. Para o incorporador são reservadas várias obrigações que dependerão do estágio em que se encontre o empreendimento.

1.4.1 Deveres antes da construção

Em todas as obrigações taxadas em lei, a juntada das documentações para arquivamento em cartório de Registro de Imóveis do memorial de incorporação e seu correspondente registro é considerada a principal obrigação do incorporador, pois como já anteriormente tratado, com o esse dossiê arquivado, a incorporação se iniciará em todos os sentidos desde a autorização para que sejam negociadas e comercializadas as unidades, até a destinação específica dada ao terreno onde estará sendo construído o empreendimento. Ainda em relação ao memorial de incorporação, faz-se necessário que o incorporador, ao publicar os anúncios da venda, faça constar o número da matrícula, registro e o cartório onde foi registrada a incorporação em todos os impressos, propostas e contratos que fizer, com exceção dos classificados de jornal conforme o art. 32, §3º, da Lei 4.591/64, para a fácil identificação

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 215.

daqueles que estejam interessados na compra, dando-lhes também um maior conhecimento do empreendimento e uma segurança de que a incorporação foi iniciada.

É dever do incorporador negociar e finalizar a venda das unidades dentro do prazo de validade do memorial – 180 dias contados a partir do registro – e logo em seguida providenciar o registro da alienação para que a incorporação seja concretizada, caso contrário, passado o prazo o memorial de incorporação caducará, porém com a possibilidade de ser revalidada. Se houver negociação com o registro expirado ensejará contravenção e o incorporador responderá criminalmente. O memorial deverá ser tratado com bastante cuidado e zelo, ele será a cartilha de execução da obra e deverá estar sempre conforme a exigência legal, além de ser regido pelo Princípio da Publicidade e expressar a boa-fé e transparência do incorporador.

Entretanto, no curso do prazo de 180 dias o incorporador conta com a possibilidade de denunciar a incorporação que é o prazo de carência onde ele estabelecerá quando iniciará a incorporação, esse prazo pode ou não ser estabelecido pelo incorporador no momento do registro, e trata-se do prazo sugerido por ele mesmo para que ele possa desistir da incorporação, é um direito do incorporador e seu limite temporal é 180 dias. Passado o prazo estabelecido por ele para desistir da incorporação, que é improrrogável, não poderá mais haver a denúncia.

Havendo a denúncia e a real desistência da incorporação, o incorporador deverá restituir os adquirentes dentro de 30 dias e o não pagamento enseja cobrança por ação de execução de acordo com o artigo 36 da Lei de incorporação.

Findo o prazo de carência, sem que tenha havido a denúncia, o incorporador deverá outorgar aos adquirentes os contratos⁸ no intervalo de 60 dias, contados do término do prazo de carência, em caso de não ser estabelecida pelo incorporador esta carência, contar-se-á esse prazo a partir de qualquer ajuste preliminar feito no memorial. O descumprimento dessa outorga sujeitará o incorporador a multa de 50% sobre os valores já pagos pelo adquirente.

Além disso, o incorporador deverá mencionar os responsáveis pelo custeio da obra, responsabilizando-se ele por aquelas unidades ainda não vendidas, mencionar eventual existência de ônus real ou fiscal sobre o terreno principalmente sobre aquelas que poderão comprometer a incorporação, discriminar as parcelas que serão pagas em dinheiro e a quota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno caso for adquirido por

⁸ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. 1 ed. São Paulo: Pini, 2011. p.14.

permuta parcial ou total e ainda discriminar as parcelas relativas ao preço da construção e da quota parte de terreno, nos contratos por preço global.

1.4.2 Deveres durante a construção

Será uma forma de gestão a incorporação que o incorporador deverá assumir enquanto durar a execução da obra. São deveres de certa forma práticos, como um conjunto de ações que devem ser realizados pelo incorporador para seja cumprido o estabelecido em lei.

Primeiramente, deverá o incorporador manter seu nome indicado quando possível e de forma visível no local da construção, com o encargo de permanecer informando aos adquirentes o andamento da obra a cada seis meses pelo menos, de modo que comprove que o prosseguimento da construção está correspondente ao prazo anteriormente estabelecido, para que haja transparência, uma vez que o andamento da obra deve convergir com o prazo final estabelecido.

Ademais, é vedado ainda que o incorporador altere o projeto do empreendimento, não podendo alterar o projeto, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo por decisão unânime dos adquirentes, tampouco alterar o preço ou as condições de pagamento, exceto se houver cláusula de reajustamento, o que pode ser fundamentado no artigo 43 da lei que dispõe sobre incorporação imobiliária.

Uma vez convocada assembleia com os adquirentes, fica o incorporador obrigado a comparecer, bem como fiscalizar o fiel cumprimento tributário e previdenciário de seus empreiteiros e construtores, quando o incorporador não for a mesma pessoa. Essa fiscalização enseja responsabilidade solidária do incorporador em caso de serem o construtor e empreiteiros executados⁹ por descumprimento de obrigações fiscais e previdenciárias. Acerca desse aspecto, importante destacar Acórdão:

A responsabilidade solidária imposta pela Lei ao incorporador imobiliário permite ao Fisco exigir o cumprimento da obrigação (de pagar as contribuições) de qualquer dos coobrigados, o que é característica da solidariedade. Não há benefício de ordem, tampouco, a impor ao Fisco exigi-la primeiramente de um, antes que de outro. (TRF-4, AC: 56168 SC 2004.04.01.056168-1. 1ª T., 26.10.05, Rel.VivianJosete Pantaleão Caminha).

⁹ BRASIL.Tribunal Regional Federal. 4ª Câmara. Apelação Cível nº 56168SC 2004.04.01.056168-1. 1ª Turma, de 26 de outubro de 2005. Relator: Vivian Josete Pantaleão Caminha

Pelo exposto, verifica-se que a responsabilidade do incorporador é solidária ao do construtor, ambos responderem solidariamente e o Fisco possui amparo para possíveis cobranças.

1.4.3 Deveres após a construção

Ao término da construção e paralelamente o término da incorporação, é perceptível que o principal objetivo de responsabilidade do incorporador foi alcançado.

A entrega das unidades prontas aos adquirentes no prazo previsto é a resposta de que o incorporador cumpriu fielmente seu papel na incorporação em relação a suas obrigações anteriores e durante a execução da obra. Fica apenas obrigado o incorporador de requerer a averbação da construção das edificações perante o cartório, por meio de documento expedido pela autoridade administrativa para efeito de legalização do empreendimento e consequentemente a individualização dos apartamentos.

1.4.4 Direitos do incorporador

É possível se observar o tamanho da responsabilidade de um incorporador pela quantidade de obrigações que lhe cabem as quais foram expostas anteriormente. Em equivalência com as obrigações, são atribuídos direitos ao incorporador, que também são dependentes do estágio em que se encontra a obra.

Os direitos do incorporador antes da construção¹⁰ restringem-se a desistir da realização da incorporação no prazo estabelecido¹¹, ainda que para isso cumpra as obrigações inerentes, trata-se de um ato de vontade e direito dele. Também é direito do incorporador exigir do adquirente a assinatura do contrato definitivo.

Durante e eventualmente antes da construção, são direitos do incorporador, ao executar a construção mediante recursos pagos pelos compradores, exigir, justamente o pagamento da quantia estipulada nas promessas de compra e venda para que a obra tenha continuidade, podendo ainda promover execução do crédito e ajuizar ação de resolução de

¹⁰ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. 1 ed. São Paulo: Pini, 2011. p. 16.

¹¹ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Art. 34.

contrato¹² em caso de mora, como também, nessas circunstâncias, poderá o incorporador transferir os direitos do adquirente a terceiros ou reter a unidade como garantia do recebimento do crédito.

Enfim, foram discorridas as características inerentes ao incorporador, parte fundamental na idealização, registro e concretização da incorporação, tão importante quanto ele, porém, figurando no outro pólo contratual, está o adquirente de incorporação imobiliária, é para ele que o incorporador trabalha, visando sempre a entrega da unidade adquirida e ao cumprimento dos prazos fixados.

Assim como o incorporador, os adquirentes são sujeitos de direitos e deveres, podem ser pessoa física ou jurídica que realize a compra do imóvel na planta, ou seja, que pactue com o incorporador a promessa de compra e venda.

1.5 Direitos e deveres do adquirente

Equiparado os direitos e deveres do incorporador, também podem ser listadas em função do estágio do empreendimento as obrigações e os direitos do adquirente. Antes da construção, caberá ao comprador da futura unidade assinar o contrato definitivo, após o prazo de carência de direito do incorporador caso haja, sob pena de rescisão contratual, posteriormente, no momento em que esteja sendo executada a construção da obra, é de obrigação do adquirente estar sempre com o pagamento da quantia ajustada em dia e não interferir no terreno ou na construção para não prejudicar o andamento da incorporação. Efetuada a construção, é de responsabilidade do adquirente, agora caracterizado como condômino, instituir o condomínio para a utilização em copropriedade do edifício.

Apreciada a figura do incorporador e quantidade de obrigações que lhe cabem, é notório o quanto o comprador de uma unidade no regime de incorporação imobiliária é resguardado. É interessante que estão elencados os deveres do incorporador na Lei 4.591/64, de modo que atendesse a necessidade da proteção aos adquirentes mesmo sendo uma legislação antecessora ao Código de Defesa do Consumidor. Expõe Mattos¹³:

Esta lei foi precursora no estabelecimento de um sistema de proteção e defesa do consumidor, um quarto de século antes do Código de Defesa do Consumidor.

¹² BRASIL. Decreto-Lei nº 754, de 7 de agosto de 1969. Dispõe sobre os contratos que se refere o art. 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e da outras providências.

¹³ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. 1 ed. São Paulo: Pini, 2011. p. 18.

Princípios como boa-fé e função social do contrato podem ser encontrados na Lei de Incorporações, como elementos de compensação da vulnerabilidade do comprador.

Se compararmos a figura do incorporador ao do adquirente, sobressairá o incorporador por estar à frente de todo o negócio, uma vez que estará recebendo por uma promessa realizada anteriormente e que resultará ainda, no bem objeto adquirido pela outra parte, quando há a passibilidade do incorporador abandonar a incorporação sem a conclusão da obra ou a simples decretação de falência ainda que acarretem em penalidades. É considerada uma relação de hipossuficiência em relação ao incorporador a qual a tentativa de ser equiponderada é executada mediante amparo legal e mecanismos de proteção que foram desenvolvidos ao longo do tempo.

São resguardadas diversas garantias ao adquirente as quais estão diretamente ligadas ao cumprimento ou ao não cumprimento dos deveres do incorporador. Portanto, são direitos do adquirente antes da construção: obter do incorporador o contrato da unidade adquirida, promover a averbação da carta proposta quando o incorporador não o fizer, receber multa de 50% sobre a quantia já paga quando o incorporador não outorgar o contrato e, por fim, receber as quantias já pagas quando houver denúncia da incorporação com reajuste de 6% a.a., podendo cobrar através de execução.¹⁴

Durante a construção, é direito do adquirente manter-se informado do andamento da obra e suspender¹⁵ o pagamento das prestações quando não houver cumprimento do cronograma da obra. Assim como o incorporador tem obrigação de cobrar, o adquirente também tem, sua cobrança ao incorporador acontece quando lhe é dado o direito de não adimplir as prestações com base no não andamento da obra e é de fundamental importância para o adquirente, uma vez que na iminência de ser realmente lesado, ele já começa a se resguardar.

O adquirente pode ainda notificar o incorporador se houver paralisação da obra sem justa causa por mais de 30 dias, podem, reunidos os adquirentes em assembleia, por maioria absoluta, destituir o incorporador, caso ele não retome as atividades da obra a que se deu a notificação. Pode ainda assumir a administração da obra, conforme será visto quando for

¹⁴ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Art. 36

¹⁵ É legítimo o ato do promitente comprador que suspende o pagamento de prestações correspondentes a contrato de cumprir o avençado, no prazo, tendo em vista a inobservância do cronograma da obra (TJDF, Ac. 5 T., 7.8.96, Ap. 39.106/96, Rel. Des. Romão Duarte)

falado adiante sobre o Patrimônio de Afetação e tem o direito a indenização quando prejudicado pelo atraso ou não conclusão injustificada da obra¹⁶.

Ademais, é fácil observar o caráter punitivo da lei quando o incorporador deixa de realizar suas obrigações, há penalidades antes da construção e ainda mais agravado durante esse período, uma vez que o grupo de adquirentes passa a ter poder diretivo em caso de abstenção do incorporador.

Assim como são mais escassas as obrigações do incorporador após a construção, também são escassos os direitos dos adquirentes tendo o direito de promover a averbação da construção caso o incorporador não o faça e de obter do incorporador a escritura.

Em síntese, foi vista a complexidade da incorporação, as pessoas envolvidas, o objeto, as obrigações e deveres de cada um e a transparência e boa-fé necessárias para que ele aconteça. Como se trata de algo prometido à segurança jurídica da incorporação imobiliária, esta reside exatamente nas obrigações e deveres de todos que compõem essa instigante relação jurídica.

¹⁶ Sendo o compromisso de compra e venda rompido por culpa da promitente vendedora, deve ser reparado o dano emergente representado pelo preço pago pelos promissários compradores, acrescido de correção monetária e juros de mora, bem assim o lucro cessante correspondente ao que despenderam e deixaram de lucrar em razão do atraso na entrega do imóvel (TJBA, Ac. Um. 2ª C., 16.9.97, Ap. 37.834-3, Rel. Des.Amadiz Barreto)

2 SISTEMA DE PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE

2.1 Posição de Vulnerabilidade dos Adquirentes

Com a venda antecipada das frações ideais vinculadas a unidades futuras como apartamentos, salas, lojas etc., recai sobre o incorporador a responsabilidade na conclusão da obra e na entrega das unidades ao término da construção como visto anteriormente, porém, por mais que a atividade do incorporador seja reconhecida já de outros empreendimentos anteriores e pelo histórico deste na construção civil, ainda assim é inevitável o risco gerado ao adquirente pelo fato de estarem comprando o que ainda não está concretizado, ou seja, o que ainda “não” existe.

Considerando esta situação, ainda vale agravar que existe, mesmo com os mecanismos que asseguram os adquirentes e que penalizam o responsável pela incorporação, ocorrência de casos de abandono e insolvência de muitos empreendedores, que simplesmente paralisavam a construção, o que resulta em uma completa insegurança ao cumprimento dos negócios.

Um exemplo de grande repercussão em todo o Brasil foi o caso da incorporadora bastante renomada anteriormente: ENCOL S/A¹⁷, que foi fundada em 1961 tendo como seu titular o engenheiro Pedro Paulo de Souza. Foi marcada por diversas inadimplências e vários desvios ilegais de dinheiro no curso de mais de 700 empreendimentos em construção, quando cerca de 42 mil mutuários deixaram de receber suas unidades. Inicialmente, somente atuava na construção, depois de um tempo diversificou suas atividades e passou a atuar nos setores de fabricação de tintas, portas e esquadrias, e esse foi exatamente um dos motivos apontados para a decretação da falência, uma vez que houve o desvio do dinheiro para outros segmentos de investimento da empresa. Foi e ainda é considerado um dos maiores golpes contra a economia popular dado no Brasil, resultando em uma dívida de mais de dois bilhões de reais.

Por serem tipos de edificações que possuem um orçamento alto, o incorporador utiliza maneiras para obter fundos para a construção, modalidades estas que são usadas quando inexistente um compromisso de compra e venda ou quando existente o compromisso, haverá previsão contratual da possibilidade da instituição deste, e de modo que resulte na renda necessária para iniciar a construção oferecendo em garantia do pagamento da dívida assumida o próprio terreno onde será edificado o prédio ou o imóvel em construção. Por meio da

¹⁷ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. São Paulo: Pini, 2011, p. 04.

hipoteca e outras formas de financiamento, o próprio incorporador teria que sanar este gravame após o término da construção para que os adquirentes pudessem realizar o devido registro de seus títulos de propriedades referente aquela unidade comprada, porém, com os acontecimentos no ramo da construção civil acima relatados, afetaram a segurança jurídica daqueles que pactuaram uma promessa de compra e venda e não receberam a sua respectiva unidade concluída.

Em relação ao instituto da hipoteca, por meio da súmula 308¹⁸, o Supremo Tribunal de Justiça quanto tratou que a eficácia da hipoteca não atinge o adquirente, resguardou este e gerou ainda mais instabilidade no mercado pois limitou o direito real, uma vez que deste modo esta não poderá ser oposta contra terceiros, inclusive contra o comprador. Foi uma das primeiras medidas para assegurar os adquirentes, o que posteriormente advieram outras medidas e mecanismos com a mesma finalidade, ressalta Mattos¹⁹:

Com o passar dos tempos, constatarem-se muitos incidentes nas incorporações imobiliárias, que terminaram por lesar os adquirentes de boa-fé e dotaram as principais cidades brasileiras de prédios inacabados. Era preciso desenvolver um mecanismo de proteção e defesa do adquirente, que compensasse a vulnerabilidade de sua posição contratual e sua hipossuficiência no caso de falência do incorporador, por exemplo.

Com essa visão dos adquirentes, até mesmo pelos incorporadores, o próprio Código de Defesa do Consumidor ao equiparar o contrato de incorporação ao contrato de consumo e a Lei que dispõe sobre as incorporações imobiliárias possuem mecanismos que tentam igualar as duas partes em cada polo da relação contratual. O sistema de proteção dos adquirentes de unidades imobiliárias no regime das incorporações sustenta-se nos mesmos princípios do sistema de proteção dos consumidores em geral, e ambos encontram fundamento, basicamente, nos princípios constitucionais da isonomia, do devido processo legal e da garantia da propriedade privada²⁰. Ligado diretamente à sociedade, como um Direito Social, o qual por sua vez, inspira-se nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, objetiva o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa humana, com previsão nos artigos 5º, XXII e XXIII, e 170 da Constituição Federal.

¹⁸ “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

¹⁹ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. São Paulo: Pini, 2011, p. 02.

²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.264.

São esses princípios fundamentais que condicionam normas infraconstitucionais que nestas constam inseridos, na forma de leis gerais ou especiais, um conjunto de normas que, de forma direta ou indireta, atuam na proteção do adquirente de imóvel em construção e o consumidor.

Além do Código de Defesa do Consumidor e do regime especial da Lei 4.591/64, é importante salientar que o sistema do Registro de Imóveis que é bastante útil para a proteção jurídica dos atos relativos à constituição ou à transmissão de direitos reais sobre imóveis, a partir do momento do registro do memorial de incorporação, condiciona o incorporador a cumprir com uma obrigação onde se destaca a entrega das unidades concluídas a seus respectivos compradores, ainda não podendo dar outra destinação ao terreno a não ser a edificação do empreendimento, o que constitui importantes fatores para proteção dos direitos dos adquirentes.

2.2 O contrato de incorporação sob a perspectiva do CDC

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, tem como pressuposto a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais de consumo e de forma que o *compense*, são estabelecidas algumas diretrizes materiais relativas à boa-fé objetiva e, bem assim, amolda os efeitos da relação obrigacional à concepção social do contrato, sempre com o propósito de assegurar o equilíbrio da relação contratual. Com o Código de Defesa do Consumidor, ao identificar as partes de uma relação de consumo, obtém-se uma nova forma de se interpretar o caso concreto onde existe um fornecedor e um consumidor, pelo fato desse código possuir uma função social de extrema importância pois resguarda preceitos constitucionais que visam a proteção sempre que houver este tipo de relação. Retrata Caio Mário da Silva Pereira²¹ que “O CDC caracteriza-se como lei geral, ao agrupar as normas de proteção aplicáveis à universalidade das relações de consumo, sem discriminar quaisquer espécies de contratos ou situações.”.

Complementa ainda Cláudia Lima Marques²² que além de lei geral, o Código de Defesa do Consumidor é também lei especial de forma subjetiva, uma vez que se dirige exclusivamente às relações entre consumidores e fornecedores, dispondo sobre dever de

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 329.

²² MARQUES, Cláudia Lima *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, 11 ed, Rio de Janeiro: Forense, p. 330.

informação, vícios, práticas e cláusulas abusivas, desconsideração da personalidade jurídica etc., em relação aos contratos de consumo, e nada dispondo sobre a estrutura e a função dos contratos em espécie.

É de fácil modo conceituado pelo próprio Código de Defesa do Consumidor as figuras da relação de consumo, onde em seu art. 2º é possível observar algumas características que identificam o consumidor, quando:

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo

Portanto, o adquirente, promitente comprador ou simplesmente comprador, ou seja, a pessoa física que comprar um imóvel na planta figurando como aquele que ficará por último, de forma que este irá apenas desfrutar do produto ou do serviço a ele oferecido será enquadrado como consumidor. Desse modo, essa interpretação de destinatário final gera mais discussões na doutrina, uma vez que ela será a principal característica intrínseca ao consumidor, a pessoa física ou jurídica não necessariamente será consumidora, bem como quem adquire adquirir o faz destinatário final. Porém, entende a corrente finalista que a destinação final é aquela em que o consumidor adquire para uso privativo e nesse caso, o produto ou objeto adquirido não participa de atividade de produção pois está é atividade própria do fornecedor.

Outra das principais características que identifica o consumidor e que o diferencia é a posição de vulnerabilidade e hipossuficiência em relação ao fornecedor. Entende-se pela corrente finalista ser uma característica essencial para a identidade do consumidor. No caso da pessoa física investidora ou da pessoa jurídica, estes não seriam considerados consumidores no caso da incorporação imobiliária, uma vez que, em tese, não seriam considerados vulneráveis tampouco destinatários finais. A luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a teoria finalista prevê que é considerado da condição de consumidores, aquela pessoa física não profissional que adquire o produto com o intuito de utilizá-lo em proveito próprio ou de outrem e ainda aquela profissional ou pessoa jurídica desde que demonstre sua vulnerabilidade no caso concreto.

MÚTUO. REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL DE 10% PARA 2%. INEXISTÊNCIA NO CASO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. - Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade comercial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final,

inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial não conhecido.²³

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BUSCA E APREENSÃO. ÂMBITO DA DEFESA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BENS JÁ INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. TAXA DE JUROS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. APLICAÇÃO DA TR. MORA DOS DEVEDORES CONFIGURADA. - Admissível a ampla defesa outorgada ao devedor em face da necessidade de verificar-se se caracterizada ou não no caso a mora debitoris. - Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor. - "O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor" (súmula nº 28-STJ). - "A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis" (súmula nº 30-STJ). - Cuidando-se de operações realizadas por instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 quanto à taxa de juros. Súmula nº 596-STF. - Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por leis especiais a capitalização mensal dos juros se mostra admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei nº 4.545/64 o art. 4º do Decreto nº 22.626/33. Dessa proibição não se acham excluídas as instituições financeiras. - Quando convencionada, é possível a utilização da TR como índice de atualização monetária. - Mora dos devedores configurada na espécie, a despeito de não admitidas a capitalização mensal dos juros e a comissão de permanência. A mora no caso constitui-se "ex-re", decorrendo do simples vencimento do prazo (art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911, de 01.10.69). Recurso especial conhecido, em parte, e provido.²⁴

Como pode ser visto, em ambos os Recursos Especiais há o categórico entendimento que não há relação de consumo. Na primeira, trata-se de um mero incremento à atividade negocial, não caracterizando o adquirente como destinatário final e no segundo da mesma forma, estando inexistente a relação de consumo pretendida.

A outra figura da relação de consumo é o fornecedor, que está conceituado no artigo 3º do CDC:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

É possível notar no próprio artigo que existem categorizados diversos tipos de fornecedor, porém é fornecedor não apenas aqueles que produzem e fabricam, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também é considerado fornecedor aquele que vende. Desse modo, o incorporador é sim considerado

²³ STJ - REsp: 218505 MG 1999/0050614-6, Relator: Ministro BARROS MONTEIRO, Data de Julgamento: 15/09/1999, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14.02.2000 p. 41 REVJUR vol. 269 p. 76.

²⁴ STJ - REsp: 264126 RS 2000/0061703-2, Relator: Ministro BARROS MONTEIRO, Data de Julgamento: 07/05/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27.08.2001 p. 344.

fornecedor, à medida que ele pode ser uma pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, onde desempenha a atividade e serviço de construção e comercializa o produto com profissionalismo e habitualidade.

Neste ponto de vista, pode-se observar que a definição de fornecedor se distancia da definição de consumidor, pois enquanto a este há de ser o destinatário final, tal exigência não se verifica quanto ao fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade principal.

Visto e caracterizada as partes, a relação entre o incorporador e o adquirente se estabelecem mediante um contrato particular individual, onde são definidas as pretensões como a de aquisição e a de construção. Este contrato é celebrado entre as pessoas individualmente, embora os regramentos e os interesses sejam coletivos.²⁵

Como qualquer outro tipo de contrato, os requisitos para sua validade estão elencados no Código Civil em seu art. 104 e seus incisos, onde exige agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a sua forma prescrita ou não defesa em lei. Por meio destes requisitos, o contrato de incorporação gera obrigações como qualquer outro tipo de contrato onde o primeiro irá assumir o encargo de construir ou fazer construir, uma certa quantidade de unidades que irão compor uma edificação, enquanto o segundo irá se comprometer com o pagamento do preço acertado para a entrega da unidade. A partir deste contrato, pelo fato de se tratar da transferência de uma fração ideal de um terreno que está diretamente vinculada a uma futura unidade, pode-se dizer que se transfere uma propriedade separada das outras constituindo assim um direito real sobre essa unidade adquirida. Segundo Rizzardo²⁶:

Efetivamente, com o contrato chega-se à constituição de um direito real, tanto que o adquirente se torna proprietário da unidade, com a abertura da matrícula no Registro de Imóveis. Transmite-se uma fração ideal sobre um terreno, à qual corresponderá uma unidade da construção, formando-se um novo domínio, e surgindo a titularidade separada do restante do imóvel.

Além dessas, o contrato de incorporação possui características comuns da categoria de conteúdo econômico. Se define por possuir uma natureza real e obrigacional. É um contrato bilateral pois gera obrigação para ambas as partes, oneroso por cada uma das partes visam a obtenção de benefícios quando assumem encargos recíprocos, se torna também um contrato

²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.249.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.247.

comutativo uma vez que as obrigações são conhecidas pelas partes de antemão, é consensual por surgir a partir da declaração de vontade das partes e típico pois possui sua estrutura definida em lei específica.

Satisfeitas a natureza e as características deste contrato, e em análise das obrigações do incorporador, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva antes mesmo da relação contratual, pois como requisito essencial para a negociação das unidades é o prévio arquivamento do memorial de incorporação no Registro de Imóveis, dando publicidade ao empreendimento e após a utilização dessa publicidade deverá trazer as informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as características, qualidades, preços e garantias do imóvel ofertado, tudo em conformidade com o art. 31 do CDC, acarretando na possível publicidade enganosa caso contrário, e a possível rescisão contratual se constatado que o incorporador agiu de má-fé, condenando-se ainda em perdas e danos e principalmente por danos morais pela frustração, engano e humilhação impostas ao consumidor.

2.3 Proteção do adquirente no regime das incorporações imobiliárias – Lei 4.591/64

Como visto anteriormente, a Lei nº 4.591/1964, em matéria de proteção ao patrimonial ao contratante hipossuficiente, está alinhada ao disposto no CDC por este possuir normas gerais dos contratos de consumo, porém, naquilo que é específico, prevalece o regimento da lei de incorporação e com o complemento do CDC quando for necessário preencher as lacunas da referida lei especial.²⁷

No contexto da proteção do adquirente de unidade em construção ou a ser construída, relacionado a boa-fé objetiva e ao equilíbrio do contrato, a Lei nº 4.591/1964 estabelece algumas disposições sobre o incorporador que merecem ser destacadas. Primeiramente, como já tratado, para que o incorporador possa fazer a propaganda e a publicidade comercial para a negociação das unidades imobiliárias, a lei de incorporações em seu art. 32, exige o arquivamento no Registro de Imóveis dos documentos que caracterizem o empreendimento e legitimem o incorporador a vender as unidades, e no decorrer das vendas e no curso da obra, ainda exige a lei que o incorporador informe aos adquirentes periodicamente o andamento da obra. A lei também fixa os elementos do contrato e dite seu conteúdo para que não haja divergências e problemas na estrutura do negócio assegurando o cumprimento da função social do contrato. Nesse sentido, a referida legislação acompanha toda evolução do processo

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 330.

contratual²⁸, desde a fase pré-contratual, onde se visa a obrigatoriedade de prévia exibição dos elementos e do objeto do contrato por meio do arquivamento do memorial de incorporação, ainda passando por o curso do contrato até a sua fase de extinção, onde aparece definida a responsabilidade civil do incorporador.

Portanto, além dessas disposições, a lei de incorporações, abrange mecanismos específicos que visam garantir a efetividade das incorporações. Através da Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001, a qual foi revogada pela Lei 10.931 de 02 de agosto de 2004 quando também foram alterados alguns aspectos da lei 4.591/64, regulamentou o então chamado de patrimônio de afetação. Trata-se de um importante meio de proteção patrimonial que inspirou o Poder Legislativo na criação de norma geral a fim de beneficiar milhares de adquirentes envolvidos nas incorporações imobiliárias.

Incluído por meio dos art. 31-A ao 31-F, da lei de condomínio e incorporações, entende-se por patrimônio de afetação a destinação de um terreno para a construção de um devido empreendimento, sem a possibilidade de ser destinado a outra finalidade e ainda a separação patrimonial de cada empreendimento e do patrimônio do incorporador a fim de livrar a incorporação dos efeitos de falência ou recuperação judicial da empresa incorporadora²⁹.

Enfatiza Mattos³⁰ em sua obra específica sobre o patrimônio de afetação, quando caracteriza este mecanismo:

Por Patrimônio de Afetação entende-se o conjunto autônomo de bens, direitos e obrigações formado para um determinado fim, sem possibilidade de desvio para outra finalidade. O termo não é exclusivo do Direito Imobiliário, tampouco novo na doutrina.

Quando o autor acima mencionado destaca que esse mecanismo não é exclusivo do Direito Imobiliário e também não é novo na doutrina ele se refere a outras situações que podem ser equiparadas a esse instrumento de proteção e de destinação a um fim específico. Por exemplo, como é o caso do bem de família previsto no Código Civil e na lei nº 8.009 de 29 de março de 1990, que é tipicamente uma afetação, ou seja, o bem da lei nº 8.009/90 somente responde pelas obrigações e dívidas daquele próprio bem, como o IPTU, os empregados da casa, da dívida resultante de empréstimo tomado para construção da casa, etc.

²⁸ CHALHUB, Melhim Namem, *Da Incorporação Imobiliária*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 279.

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 331.

³⁰ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. São Paulo: Pini, 2011, p. 41.

Outro exemplo que tipifica a afetação são os bens de uso especial, de domínio do poder público, que devem ser legalmente desafetados daquele fim específico, daquela finalidade pública para que possa ser objeto de alienação por parte do ente estatal.

A afetação patrimonial no caso da incorporação, é um gravame, e não atinge, portanto, o direito subjetivo do incorporador, pois o empresário da incorporação imobiliária continua com sua plena propriedade sobre o patrimônio, terreno e demais direitos e obrigações daquele patrimônio, mas está apenas condicionado ao exercício de seus direitos, condicionado pela finalidade definida pela afetação.

3 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

3.1 Origem

O assunto intitulado de afetação não é um conteúdo novo, pois sua ideia principal foi informar o motivo da segregação patrimonial, separando o patrimônio da pessoa física da pessoa jurídica da sociedade empresária³¹. Dessa forma foi onde a afetação começou a ter uma certa relevância na doutrina. Nos últimos anos, sobretudo por volta da metade do século XX, quando alguns importantes juristas brasileiros passaram a se aprofundar ao estudo do *trust* anglo-americano – o que nada mais é do que a situação jurídica na qual uma pessoa adquire determinado bem, em caráter fiduciário e mediante um regime de proteção patrimonial, assumindo o dever de empregá-lo em determinada finalidade – e da possibilidade de assimilação do *trust* pelos sistemas jurídicos de tradição romana, quando se concluiu que era impossível a tradução do *trust* pelos direitos de tradição romana, por fatores históricos e por razões de natureza estrutural, uma vez que o direito anglo-saxão, que fundamentava o *trust*, a separação da propriedade é sua dicotomia.

De acordo com Direito Inglês, este sempre admitiu desdobrar a propriedade em duas propriedades de qualificação diferente, ou seja, uma propriedade nominal, atribuída a um sujeito, e uma propriedade econômica, atribuída a outro sujeito. A partir da Idade Média, na Inglaterra, isso se desenvolveu de tal maneira que hoje não seria possível a sociedade de negócios financeiros e de investimento típico da sociedade contemporânea não fosse essa separação, esse desdobramento da propriedade. Como não foi possível adotar esse desdobramento da propriedade, os juristas entenderam que a assimilação da ideia ou dos elementos fundamentais do *trust*, que permitem a flexibilização do uso da propriedade, só poderiam ser assimiladas pelo sistema de tradição romana por meio da afetação.

Contudo, a afetação iniciou no Direito Positivo Brasileiro de uma forma muito clara, a partir da figura da alienação fiduciária, introduzida no Direito Brasileiro em 1965, com as leis 4.728 e 8.668/93, que criou o fundo de investimento imobiliário. Nela fica destacada a possibilidade de a empresa administradora comprar os bens imóveis que integrarão o fundo de investimento em seu próprio nome, mas em caráter fiduciário.

O que implica na afetação da propriedade é a fiduciariedade, ou seja, com a afetação define-se uma destinação específica para um determinado patrimônio e impõe-se ao

³¹ CHALHUB, Melhim Namem, *Patrimônio de Afetação*. Boletim IRIB em Revista Edição nº 318, 2004. p. 57.

administrador daquele patrimônio o exercício de seus poderes de proprietário somente no sentido de alcançar aqueles objetivos. De acordo com os mesmos princípios que promovem a alienação de bens. Na realidade, essa segregação põe os bens a serviço do interesse dos únicos credores, e no caso da incorporação os adquirentes, o financiador, o trabalhador, o INSS e os demais credores de cada incorporação. A afetação é oponível a terceiro e por isso tem plena eficácia.

No caso concreto relacionado a construção civil, pela demanda e grande crescimento da incorporação, viu-se a necessidade de se implantar um mecanismo que pudesse suprir a instabilidade econômica e assegurar os adquirentes das unidades prometidas pelo incorporador lhes dando uma maior confiança. Após o episódio acontecido pelo caso ENCOL³², que foi o ápice para o mercado imobiliário brasileiro, como maneira para solucionar o Estado interviu com a criação da Medida Provisória nº 2.221/01, porém esta foi controversa em vários sentidos, pois ainda permitia a comunicação do patrimônio do empreendimento com o patrimônio do incorporador, além de impor bem mais obrigações ao adquirente e como um dos principais defeitos, deixou a cargo do incorporador a decisão sobre a afetação, como um ato que apenas aconteceria se ele bem quisesse. Contribui com esse entendimento Chalhub³³, quando em sua obra, que foi logo após a essa medida provisória, ele afirma que:

Nada justifica que esse instrumento seja manejado pelo incorporador, a seu exclusivo critério, pois a proteção da economia popular não pode ser objeto de conveniência particular, mas, ao contrário, é matéria de interesse público que, a exemplo do que sucede no âmbito das relações de consumo, decorre do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (Lei nº 8.078/90, art. 4º, I), daí a necessidade de intervenção legislativa “para compensar eventual desvantagem contratual e garantir a segurança jurídica em favor do contratante mais fraco, impondo, para tal regime jurídico próprio para determinadas atividades.

Além dessa pontuação, a ideia controversa que não conseguiu sanar a dificuldade econômica do mercado imobiliário, foi o fato da comunicação dos patrimônios³⁴, pois, o incorporador poderia utilizar desse crédito para satisfazer suas dívidas advindas até mesmo de outras incorporações, além de colocar o adquirente solidariamente a ele. Por isso, não foi encontrado a solução para o problema.

³² MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. São Paulo: Pini, 2011. p. 04.

³³ CHALHUB, Melhim Namem, *Da Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96.

³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 361.

Posteriormente, com a instabilidade jurídica contínua em relação a esse ponto, foi promulgada a Lei nº 10.931 em 02 de agosto de 2004, o que inseriu esse mecanismo na Lei nº 4.591/73, e conseguiu diminuir a problematização, uma vez que segregou de fato o patrimônio do incorporador do patrimônio do empreendimento. Foi fundamentada na segurança jurídica necessária para a consecução da incorporação imobiliária, garantindo a incomunicabilidade³⁵ do patrimônio afetado, não permitindo que o mesmo possa ser alienado, nem utilizado para fim diverso daquele inicialmente pretendido.

Mesmo solucionando um dos pontos controvertidos mais relevantes, ainda permaneceu a critério do incorporador o emprego desse mecanismo na incorporação imobiliária. Reforça Mattos³⁶:

Ponto controvertido é que a Lei 10.931/04 não torna obrigatório o Patrimônio de Afetação. Ela deixa a opção exclusiva do incorporador. Esta faculdade que tem o incorporador não pode parecer consoante com o propósito da lei, que terminou perdendo uma excelente oportunidade de tornar a afetação cogente. Ao relegar a adesão ao novo regime ao livre arbítrio do incorporador, a referida lei deixou um flanco aberto que pode enfraquecer seu poder de proteção ao consumidor.

Disposto precisamente no art. 31-A da Lei nº 4.591/73, o patrimônio de afetação ainda não vem sendo bastante utilizado, mas é considerado o principal mecanismo de segurança patrimonial da incorporação imobiliária.

3.2 Teoria de afetação no Direito Imobiliário

De um modo geral em Direito, quando se fala em afetação se quer fazer referência a vinculação, ligação ou destinação de alguma coisa a um fim específico. Que determinado bem existe por uma razão prévia ou posteriormente determinada. Com o registro do memorial de incorporação imobiliária, mediante a apresentação e arquivamento dos documentos devidos no Registro de Imóveis, de certa forma, o terreno já fica afetado a uma destinação específica, uma vez que, independente de opção pelo patrimônio de afetação tratado na lei de incorporações, ao terreno incorporado não se pode dar outra finalidade que não seja a construção do empreendimento descrito no projeto arquivado em cartório competente.

³⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 369.

³⁶ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. São Paulo: Pini, 2011. p. 44.

A teoria da afetação é situação em que se concebe uma espécie de separação ou divisão do patrimônio pelo encargo imposto a certos bens³⁷, que são disponibilizados a serviço de uma finalidade específica, determinada inicialmente em outra situação. Para Arnaldo Rizzardo³⁸:

Afetação tem o significado de justamente prender ou ligar um patrimônio a um empreendimento, a uma obrigação, a um compromisso, não se liberando enquanto perdura a relação criada entre aquele que se obriga e os credores da obrigação. Ao mesmo tempo em que se estabelece a vinculação ao cumprimento de uma obrigação, decorre a segregação não propriamente da titularidade de uma pessoa, mas da sua livre disponibilidade, de seu uso ou posse.

O patrimônio que se afeta é composto de todos ativos e passivos da incorporação e que inclui o terreno, as acessões, as receitas provenientes das vendas, o saldo na conta corrente do condomínio, os débitos com fornecedores, os débitos trabalhistas, fiscais e previdenciários e as obrigações com agentes financeiros.

É um mecanismo autônomo que após acionado, fica a incorporação responsável para responder pelas dívidas e obrigações a ela vinculada. Além disso, é importante salientar que a afetação não gera custos para o empreendimento.

3.3 Constituição e extinção do Patrimônio de Afetação

A constituição da afetação é feita mediante um termo de afetação assinado pelo incorporador e pelos titulares de direitos aquisitivos, o qual poderá ser assinado a qualquer momento não sendo exigível que seja somente quando do registro do memorial de incorporação e será objeto de averbação. Na matrícula³⁹ onde estiver registrada a incorporação imobiliária será averbado respectivo requerimento, e a partir deste momento o terreno ali contido, bem como todas as acessões, ficará apartado do patrimônio do incorporador.

Disposta no art. 31-B da referida lei de incorporações, se afetada no curso da incorporação, além de ser exigido também as assinaturas daqueles titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno, deve-se fazer um balanço delimitador de forma que será separado o

³⁷ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. São Paulo: Pini, 2011. p. 41.

³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 360.

³⁹ MEZZARI, Mario Pazutti. *Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2015. p. 154.

momento em que a incorporação passou a ficar afetada, ou seja, as receitas e os direitos que o incorporador utilizou anteriormente não sofrem nenhum efeito da afetação, que só farão sentido dali em diante. Destaca Mattos⁴⁰ que a afetação de um empreendimento já iniciado é muito complicado, e até mesmo praticamente impossível, pois caberia a averbação no caso da construção tiver sido iniciada com moldes de segregação, ou seja, caso seja feita uma contabilidade separada do restante da empresa incorporadora e sem comunicação de recursos entre o empreendimento e outros da incorporadora.

Nessa linha de pensamento, alguns empreendimentos são divididos em etapas ou em blocos e como outra característica da afetação é a possibilidade de afetar blocos ou partes separadamente, o que muitas vezes será mais vantajoso para o mercado e para o incorporador, o que está previsto no parágrafo nono do art. 31-A da lei de incorporações.

Em regra, a liquidação de qualquer patrimônio se dá mediante pagamento de todas as dívidas, porém existem três hipóteses que resultam a extinção do patrimônio de afetação. Como resultado de uma incorporação bem sucedida, a primeira hipótese que enseja a extinção da afetação é a averbação da construção⁴¹ e o registro das unidades em nome dos adquirentes bem como a liquidação da dívida do financiamento, ou seja, quando a incorporação alcança a sua finalidade.

A segunda hipótese é a revogação, em razão da incorporação ser denunciada⁴² e quando há prazo de carência. A denúncia da incorporação é a situação em que o incorporador, de certa forma desiste da incorporação, ou seja, de levar adiante o projeto. Para que aconteça a denúncia, é necessário que o incorporador tenha fixado prazo de carência ao celebrar o contrato de incorporação, sendo este o período de tempo que lhe é permitido desistir. Nesse caso, deverá o incorporador restituir⁴³ aos adquirentes as quantias por eles pagas em até trinta dias a contar da denúncia, sob pena de cobrança por via executiva, com valor reajustado e com juros de 6% ao ano. A denúncia será realizada por meio de requerimento⁴⁴ feito pelo incorporador requerendo o cancelamento de registro da incorporação quando será feita a averbação do cancelamento do patrimônio de afetação de ofício ou a requerimento.

⁴⁰ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. 1 ed. São Paulo: Pini, 2011. p. 59.

⁴¹ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Art. 31-E, inciso I.

⁴² BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Art. 31-E, inciso II.

⁴³ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Art. 36.

⁴⁴ MEZZARI, Mario Pazutti. *Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2015. p. 157.

Por último ponto disposto na referida lei, é hipótese de extinção do patrimônio de afetação a liquidação do patrimônio de afetação por deliberação da Assembleia Geral, no caso de decretação da falência ou da insolvência do incorporador⁴⁵, ou seja, a liquidação do patrimônio de afetação é realizada por meio da venda do terreno e acessões, assim como os bens e direitos ligados ao empreendimento a fim de saldar os compromissos assumidos.

Dispõe o parágrafo primeiro do art. 31-F, que nos sessenta dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência, a Assembleia Geral deliberará sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação. Nesse dispositivo, Mattos⁴⁶ elegia a evolução da legislação de acordo com sua finalidade.

A Lei 10.931/04, no tocante a esta terceira hipótese de extinção do PA, merece aplauso porque corrigiu uma antinomia que existia na MP 2.221/01. Essa Medida Provisória, malgrado considerasse a incorporação como um patrimônio incomunicável, atribuía aos adquirentes, no caso de falência do incorporador, responsabilidade solidária pelas dívidas fiscais, previdenciárias e trabalhistas da empresa falimentar, inclusive as dívidas pessoais relativas ao imposto de renda. Posto de outra forma, a MP determinava que o passivo da massa falida fosse pago com os recursos dos adquirentes, e não com o produto do ativo da massa.

Ainda existem outras formas de extinção do patrimônio de afetação que também estão previstas em lei. O distrato, ou seja, a decisão de ambas as partes de desfazer o contrato e a rescisão contratual por inadimplemento também ocasionam a extinção deste mecanismo.

3.4 Vantagens do patrimônio afetado na incorporação imobiliária

A afetação por si só não resolve todos os problemas do adquirente, mas há uma tendência mundial no sentido de segregar o patrimônio para delimitar riscos. Primeiramente, de forma geral, o patrimônio de afetação passa para os adquirentes uma certeza de que no caso de falência do incorporador⁴⁷, o terreno e suas acessões não serão arrecadados à massa falida daquele, sem liquidez para recuperação de seu crédito e sem qualquer estimativa de prazo para a conclusão da obra. É uma garantia para a proteção jurídica da incorporação e dos adquirentes que os resguarda contra eventuais insucessos do incorporador em seus outros

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Art. 31-E, inciso III.

⁴⁶ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. São Paulo: Pini, 2011. p. 68.

⁴⁷ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. São Paulo: Pini, 2011. p. 43.

negócios. Explica de melhor forma Rizzardo⁴⁸ “O conjunto de bens e valores, pelo sistema da afetação, fica sujeito uma espécie de indisponibilidade, que importa em agregá-lo ou vinculá-lo ao empreendimento, e acarretando a sua incomunicabilidade.”.

Com a opção do incorporador pelo regime da afetação, o imóvel fica especificamente destinado a construção de um empreendimento e a entrega de unidades vinculadas à frações ideais desse terreno aos respectivos adquirentes, não podendo ser realizado outro projeto a não ser aquele destinado anteriormente. Além da destinação específica acima mencionada, o terreno, as acessões objeto da incorporação imobiliária bem como os demais bens e direitos, mantêm-se apartados do patrimônio do incorporador, ficando a salvo de dívidas que não estejam relacionadas à incorporação respectiva, segregação esta que perdurará até a conclusão do empreendimento que se realizará com as entrega aos adquirentes.

Entretanto, a incorporação afetada, não impede que o incorporador constitua garantias reais, cessão de créditos e cessão fiduciária, o condicionamento está atrelado à utilização dos recursos financeiros provenientes desse financiamento. Dessa forma, pode o incorporador constituir garantias reais⁴⁹ desde que o produto da operação financeira respectiva seja aplicado exclusivamente na obra.

A afetação patrimonial é um mecanismo que proporciona maior segurança jurídica e que só fortifica a relação de confiança entre o adquirente e o incorporador, o que reflete diretamente na oferta de unidades imobiliárias, acesso ao crédito, condições de financiamento, incentivo a construção e à geração de empregos nem setor instável como o da construção civil. De forma imediata, o que se pretende com esse mecanismo é consagrar a função social e econômica do contrato, proteger o negócio entre as partes através de recursos que tornem mais provável o cumprimento dos termos do contrato e, por conseguinte, das expectativas do adquirente consumidor, do incorporador-fornecedor e do agente financiador do empreendimento⁵⁰.

Considera-se uma garantia da conclusão da obra e da entrega das unidades no prazo e condições pactuados em favor dos credores, sobretudo dos adquirentes, que ficarão protegidos

⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 360.

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Art. 31-A, inciso § 3º.

⁵⁰ MATTOS, Aldo Dórea. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente*. São Paulo: Pini, 2011. p. 45.

por uma tutela especial⁵¹. De forma transparente, confiável e segura, o patrimônio de afetação tenta alcançar a finalidade da incorporação imobiliária em todos os seus aspectos.

3.5 Naturalidade da afetação

A critério do incorporador foi deixada a opção pela adesão ou não do patrimônio de afetação, vício perdurado pela Lei nº 10.931 de 2004, que não foi sanado pela referida legislação. Este é um fato que, principalmente na prática, deixa a desejar por ser um instituto que resguardaria os adquirentes, mesmo também sendo benéfico de certa forma para o incorporador, mas que trata sobre os interesses dos consumidores e futuros proprietários das unidades vendidas por meio da incorporação.

A falta de informações sobre este mecanismo muitas vezes não atenta aos adquirentes a somente contratarem com aquelas incorporações que possuem seu patrimônio afetado. O instituto do patrimônio de afetação traz segurança jurídica e certeza da consecução do empreendimento, coloca o adquirente em posição privilegiada, mas a decisão de colocar a parte hipossuficiente em situação privilegiada cabe a outra parte das relações e os interesses ao invés de convergirem, podem divergir.

Uma incorporação quando afetada, gera mais obrigações e restrições ao incorporador, que por vício da lei, este é de certa forma beneficiado por ter sobre seu controle a opção de aderir ou não a esse mecanismo. Chalhub é categórico quando, na sua concepção, diz que é inviável essa ideia controversa de se criar um instituto que possui uma regra que é contrária ao principal objeto para o qual ele foi criado. Ainda destaca Rizzardo⁵²:

Sendo a incorporação imobiliária um instrumento de proteção da economia popular, e, assim, do consumidor, e isto justamente porque se efetiva com captação de recursos através da venda antecipada de unidades imobiliárias em construção, obrigatoriamente não se permite que os mecanismos de defesa, para se imporem, fiquem na dependência de quem tem o poder de mando e de controle do empreendimento.

Nessa situação, o adquirente, por já se encontrar vulnerável, acaba ainda mais aumentando sua hipossuficiência em relação ao incorporado. Em se mantendo a faculdade de decisão nas mãos do incorporador, retira-se toda a perspectiva de sucesso e eficiência do instituto, justamente porque a sua exigência fica no poder de decisão.

⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 360.

⁵² RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 378.

Se for interpretado como toda incorporação, não sendo diferente de outras situações que acarretam em obrigações futuras que estão ilustradas no Direito Civil, já esteja naturalmente afetada por estar destinada a um fim específico que é a construção de um empreendimento e não podendo este ser diferente do projeto do empreendimento arquivado junto ao memorial de incorporação no Registro Geral de Imóveis.

Contudo, sem dúvida, deve haver alguma revisão na lei de incorporações e na lei que versa sobre o patrimônio de afetação, sendo alterado o texto legislativo para que seja um instituto integrado a incorporação, para uma possível modificação no texto legislativo para que não deixe a cargo do incorporador essa e outras escolhas que possam tornar ainda mais os adquirentes vulneráveis quando poderiam ser assegurados por esses mecanismos.

Cabe ao Estado sanar o vício perpetuado da medida provisória e estabelecer mecanismos de proteção ao adquirente, que apesar de legislações efetivas como o Código de Defesa do Consumidor e a própria lei de incorporações, não tem como reaver seu crédito, tão pouco ver seu sonho concretizado caso ocorra a falência do incorporador, restando a ele apenas a confiança na credibilidade do incorporador e dúvida se realmente fez um bom investimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisado todo o processo e o percurso seguido na incorporação imobiliária, é fácil de se perceber o quanto a confiança dos adquirentes das futuras unidades nos incorporadores e nas construtoras é fundamental para a conclusão do procedimento incorporativo. Esta segurança indispensável que os adquirentes necessitam foi implantada por meio da Lei 10.931 de 2004, através de um mecanismo conhecido como Patrimônio de Afetação que se tornou imprescindível às incorporações imobiliárias pelo fato de estar incluso em sua forma e possuir o mesmo objetivo incorporativo, uma vez que toda incorporação imobiliária já está, de certa forma, devidamente afetada.

De um modo generalizado no Direito, este instituto tem o significado de prender ou ligar um patrimônio a um empreendimento, a uma obrigação, a um compromisso, vinculando-o e condicionando-o a uma destinação com uma finalidade específica. Pode-se dizer que se institui um regime especial da propriedade, com a finalidade de proteger a incorporação àqueles que irão adquirir os imóveis ainda na planta ou em construção, que ficarão assegurados por uma tutela especial.

Disposto no art. 31-A e seguintes, da Lei nº 4.591/1964, modificada pela Lei nº 10.931/2004, de uma maneira que ao tratar deste instituto, deixa a critério do incorporador sua aplicação, e que em um melhor entendimento, a afetação patrimonial é elemento natural da incorporação imobiliária, ou seja, a incorporação é naturalmente vocacionada à afetação – mecanismo de proteção natural dos credores daquela massa patrimonial, daquele empreendimento e seus trabalhadores, adquirentes, bancos financiadores etc. – de modo que merece uma interpretação minuciosa no sentido de torná-lo um elemento natural e não uma opção do incorporador, pois quando registrado o memorial de incorporação imobiliária, o terreno já fica, de certa forma “afetado” a uma destinação específica, condicionado a construção de determinado empreendimento submetido à regime especial e a entrega das unidades aos adquirentes.

Ao imóvel incorporado não se pode dar outra finalidade que não seja a entrega das unidades aos adquirentes, pois em caso contrário, a segurança jurídica para os mesmos, seria providência descabida de função. Por esse motivo, fica claro que a afetação é um mecanismo natural da incorporação imobiliária, onde toda incorporação já está naturalmente afetada e não um instituto que fique a cargo daquele que não é o verdadeiro beneficiário para decidir utilizá-lo ou não.

No entanto, mesmo com esse mecanismo implantado para a segurança dos adquirentes como consumidores, estes ainda se encontram vulneráveis pelo principal fato da lei ter adotado este instituto como uma faculdade do incorporador e aqueles adquirentes que compram as futuras unidades em uma incorporação sem o patrimônio afetado poderiam ter o mesmo risco que aqueles que adquiriram as frações ideais a uma incorporadora nos ritos anteriores a modificação da legislação, fazendo com que esta seja ineficaz para assegurar a todos na mesma forma e proporção que estejam adequados nessa modalidade de condomínio. Em contrapartida, aquele que adquirir uma unidade com o patrimônio afetado além de segurança terá também a certeza de que o insucesso do incorporador não chegará a atingir a consecução de sua unidade.

O incorporador é principal figura no mercado imobiliário e aquele que tem uma enorme contribuição para com o *déficit* habitacional e não apenas aqueles que visam ao lucro a qualquer custo. Portanto, não poderão os adquirentes serem prejudicados por um instituto que prevalece a outra parte do negócio jurídico.

Assim, diante do exposto, é notório que toda incorporação já está naturalmente afetada e que ainda, para maior segurança jurídica, o patrimônio do incorporador não deve se comunicar com o patrimônio da incorporação em nenhuma hipótese a fim de garantir os direitos dos adquirentes por meio de uma reforma na Lei 10.931/2004, ou através de algum meio informativo e/ou algum termo de responsabilidade para aqueles adquirentes que insistirem em comprar unidades imobiliárias em construção por meio de incorporações não afetadas patrimonialmente, desde que de alguma forma informem aos adquirentes o risco de uma incorporação não afetada e a segurança daquelas afetadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406/2002 – Institui o Código Civil, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 4.951/64 – Dispões sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, de 16 de dezembro de 1964.

BRASIL. Lei nº 8.078/90 – Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.931/2004 – Dispões 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 nº 4.591, 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, de 02 de agosto de 2004.

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHALHUB, Melhim Namem, **Da Incorporação Imobiliária**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.

CHALHUB, Melhim Namem. **Patrimônio de Afetação**. Boletim IRIB em Revista Edição nº 318, 2004.

MATTOS, Aldo Dórea, **Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais proteção para o adquirente**. 1ª Ed. São Paulo: PINI, 2011.

MEZZARI, Mario Pazutti, **Condomínio e incorporação no registro imobiliário**, 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Condomínio e incorporações**, 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo, **condomínio edilício e incorporação imobiliária**, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.