

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SOB UMA ANÁLISE CRÍTICA: AS  
GARANTIAS CONTRATUAIS COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DE RISCOS

MARIANA MARTINS COSTA FERREIRA

Porto Alegre

2012

Mariana Martins Costa Ferreira

A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SOB UMA ANÁLISE CRÍTICA: As garantias  
contratuais como forma de mitigação de riscos

Trabalho de Conclusão do Curso de  
Graduação a ser apresentado ao  
Departamento de Direito Privado e  
Processo Civil da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do  
Sul, como requisito para obtenção do grau  
em Bacharel em Direito.

**Orientador: Profº Dr. Gerson Luiz  
Carlos Branco**

**Co-orientadora: Profª Dr. Judith  
Hofmeister Martins-Costa**

Porto Alegre,  
2012

**MARIANA MARTINS COSTA FERREIRA**

**A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SOB UMA ANÁLISE CRÍTICA: AS  
GARANTIAS CONTRATUAIS COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DE RISCOS**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação a ser apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para obtenção do grau em Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco  
Orientador

---

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva

---

Professor Doutor César Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre, 18 de dezembro de 2012.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha família, pelo apoio, confiança e compreensão intermináveis não somente ao longo da elaboração deste trabalho, mas ao longo da minha formação pessoal. Ao Matheus pela paciência, atenção e por estar sempre ao meu lado, escutando minhas ideias.

Gostaria de agradecer especialmente aos meus orientadores Judith Martins-Costa e Gerson Branco, professores que tanto me honram por ter aceitado orientar a elaboração deste trabalho. À Judith, minha querida prima, professora e orientadora pela dedicação incansável e pelo exemplo de jurista, professora e advogada; pela diferenciada visão do Direito que suas aulas e orientação na iniciação científica e principalmente neste trabalho me propiciaram. Ao Gerson, pela confiança depositada, paciência, disposição de dialogar e ensinar e pelas suas diversas aulas de Direito Civil e Método de Pesquisa que sua orientação me proporcionou.

Agradeço ainda ao Professor Christian Baldus da Universidade de Heidelberg, que me recebeu gentilmente como sua orientanda para realizar a pesquisa sobre a incorporação imobiliária no Direito alemão; pela sua dedicação e paciência nas discussões sobre o contrato *Bauträgervertrag*, pela sua confiança em meu trabalho e por proporcionar-me oportunidades acadêmicas inesquecíveis que me demonstraram a excelência acadêmica alemã e possibilitaram-me a participação nas instigantes discussões nos seus colóquios semestrais para seus doutorandos.

Ao Doutor Jan Schmidt meu especial agradecimento por ter me recebido tão bem no Instituto Max-Planck de Direito Internacional Privado e Direito Comparado; oportunidade na qual pude mais uma vez constatar a excelência científica alemã, encontrando no Doutor Jan Schmidt um exemplo de pesquisador invejável, que modificou meu olhar para a pesquisa.

Por fim, gostaria de agradecer a todos os colegas da Faculdade de Direito e do escritório que me proporcionaram ricas discussões sobre o tema das incorporações imobiliárias, auxiliando na construção do raciocínio jurídico adotado neste trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar a incorporação imobiliária como atividade comercial eivada de riscos inerentes a sua natureza, os quais são juridicamente mitigados por garantias contratuais. Para realizar essa análise, propõe-se a noção de incorporação imobiliária em suas distintas acepções, examinando subsequentemente os riscos jurídicos e econômicos suportados pelos contratantes envolvidos na incorporação imobiliária. Após a definição dos riscos contratuais, passa-se à análise da efetividade das garantias contratuais para mitigação ou eliminação dos riscos previamente examinados. Por meio do método comparatista, busca-se identificar as soluções jurídicas encontradas no Direito alemão para o problema da mitigação dos riscos contratuais da incorporação imobiliária, a fim de possibilitar uma análise mais ampla e diversificada do tema.

**Palavras-chave:** Incorporação imobiliária. Garantia contratual. Risco. Direito Comparado. Direito alemão. Direito brasileiro.

## ABSTRACT

The present work aims to analyze the real estate development (“*Incorporação Imobiliária*”) as a business activity subject to risks, which are inherent to its nature and might be mitigated by contract guarantees. In order to analyze such subject, it is going to be proposed the notion of real estate development (“*Incorporação Imobiliária*”) in its different meanings, subsequently the legal and economic risks, which are borne by the buyers of the real estate, are going to be examined. Following the definition of the contractual risks, it shall be analyzed the effectiveness of the contract guarantees to mitigate such risks. By means of a comparative law method, this work aims to identify the legal solutions of the German Law for the mitigation of the contractual risks of the real estate development (“*Incorporação Imobiliária*”), in order to provide a broader and more diversified analysis of the subject.

**Key words: Real estate development. Contract guarantee. Risk. Comparative Law. German Law. Brazilian Law.**

*“Cada período histórico trava luta com problemas específicos, que bem podem ser apontados como características especiais de sua época. E o jurista, atraído por tais questões é chamado a dar-lhes soluções, polarizadas suas atenções e seus estudos no maneiio dos elementos técnicos, hábeis a proporcionar seu equacionamento.”*

(Caio Mário da Silva Pereira)

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | <b>8</b>  |
| <b>I A ANÁLISE DOGMÁTICA DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA</b> .....  | <b>15</b> |
| 1 NOÇÃO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SEGUNDO SUAS DISTINTAS<br>ACEPÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO .....  | 16        |
| 1.1 Qualificação da atividade negocial .....  | 19        |
| 1.2 Compreensão da dinâmica contratual .....  | 22        |
| 1.2.1 <i>O fenômeno das redes contratuais na incorporação imobiliária</i> .....   | 22        |
| 1.2.2 <i>Análise dos instrumentos contratuais da incorporação imobiliária</i> .....   | 26        |
| 2 ANÁLISE DOS RISCOS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA .....  | 34        |
| 2.1 Riscos do incorporador .....  | 35        |
| 2.2 Riscos dos adquirentes e dos financiadores .....  | 39        |
| <b>II GARANTIAS COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DO RISCO DE UMA<br/>INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA</b> .....  | <b>50</b> |
| 1 AS GARANTIAS CONTRATUAIS UTILIZADAS NO BRASIL NO CONTRATO DE<br>COMPRA E VENDA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS .....   | 52        |
| 1.1 Garantia real - Hipoteca .....  | 55        |
| 1.2 A titularidade de um direito com função de garantia .....   | 59        |
| 1.2.1 <i>Cessão de créditos como garantia</i> .....   | 60        |
| 1.2.2 <i>Alienação Fiduciária</i> .....   | 64        |
| 1.2.3 <i>Afetação Patrimonial</i> .....   | 68        |
| 2 AS GARANTIAS CONTRATUAIS UTILIZADAS NA ALEMANHA NO CONTRATO<br>DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS ( <i>BAUTRÄGERVERTRAG</i> ) .....   | 74        |
| 2.1 Contexto jurídico e econômico no qual se insere o contrato " <i>Bauträgervertrag</i> " .....  | 76        |
| 2.2. As garantias legais aos adquirentes previstas no decreto <i>Verordnung über die<br/>Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer – MaBV</i> (Decreto<br>sobre as obrigações do corretor, corretor de contratos de empréstimos, incorporador<br>imobiliário e construtor) ..... | 85        |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....  | <b>95</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....   | <b>99</b> |

## INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade especialmente nos grandes centros urbanos passou a demandar estruturas arquitetônicas que comportassem maior quantidade de moradias dentro do mesmo espaço horizontal. Passou-se a construir os chamados condomínios edilícios, abarcando diversos imóveis sobrepostos.

A demanda por tal tipo de construção coletiva surgiu após a revolução industrial<sup>1</sup>, quando um número relevante de indivíduos migrou do campo para as cidades para trabalhar nas indústrias que foram surgindo. Em virtude do aumento da população urbana, as cidades necessitaram de um planejamento distinto daquele até então utilizado.

A incorporação imobiliária surge assim como um meio de organizar de maneira economicamente eficiente a construção de tais condomínios edilícios. Demonstrou-se como uma forma eficaz de captação de recursos que proporcionasse ao incorporador os meios necessários ao início e desenvolvimento do empreendimento imobiliário.

Neste contexto se insere a incorporação imobiliária, a qual consiste na atividade de construção de condomínios edilícios e venda de cada unidade imobiliária autônoma constituída. No entanto, esta breve exposição da definição legal do instituto jurídico da incorporação imobiliária prevista no artigo 28 da Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964<sup>2</sup> não reflete a complexidade de tal operação econômica.

O incorporador é a figura central desta atividade negocial, o qual realiza tal atividade por meio de distintos negócios jurídicos interligados por uma rede de contratos. Em virtude da complexidade desta operação econômica, os sujeitos da incorporação imobiliária estão expostos aos mais variados riscos jurídicos e econômicos. Neste sentido, a abordagem da incorporação imobiliária no presente estudo estará voltada à análise dos seus

---

<sup>1</sup> Conforme esclarece Caio Mário da Silva Pereira, até o fenômeno da revolução industrial com o aumento da população urbana, não havia regulação jurídica no Direito brasileiro ao condomínio edilício. Conquanto houvesse referência na legislação à existência da chamada “propriedade horizontal”, não havia qualquer conceituação ou regulação de tal fenômeno social. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Propriedade Horizontal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. P. 40 e ss.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm). Acesso em 08 de outubro de 2012.

riscos e dos instrumentos jurídicos próprios à mitigação ou exclusão de tais riscos negociais, quais sejam, as garantias contratuais.

Não se pretende com este estudo exaurir a análise dos riscos contratuais de tal complexa atividade negocial, nem mesmo abordar a infinidade de instrumentos jurídicos que poderiam eventualmente mitigar o risco de cada negócio jurídico coligado. Busca-se aqui analisar de forma prática o fenômeno, com a curiosidade de um cientista, a fim de descobrir quais são os riscos normalmente suportados por cada participante da incorporação imobiliária diante do mercado imobiliário e quais as soluções jurisprudenciais e legais encontradas pelos juristas brasileiros para a mitigação dos mesmos.

Por meio do método comparatista será analisada também a incorporação imobiliária no Direito alemão, estabelecendo os riscos negociais suportados pelos contratantes na Alemanha, e, ao fim, revelando-se a solução jurídica encontrada pelo sistema germânico para os mesmos problemas fáticos encontrados no Brasil. Não se pretende fazer uma análise ampla do Direito alemão, mas restrita à finalidade deste trabalho: análise dos riscos inerentes à incorporação imobiliária e das garantias contratuais utilizadas para mitigação dos riscos, especialmente dos riscos suportados pelos adquirentes das unidades imobiliárias.

Cada partícipe da incorporação imobiliária estará sujeito a determinado risco negocial, de modo que as garantias contratuais adotadas em cada negócio jurídico visarão mitigar os riscos específicos daquele sujeito, diante do inadimplemento ou falência do incorporador.

Especial relevância para a análise do tema deste estudo é uma característica distintiva da incorporação imobiliária, a qual, por um lado impulsiona o interesse do incorporador na atividade, e, por outro lado, torna o inadimplemento contratual do incorporador um risco jurídico especialmente relevante. Explica-se. O incorporador é a peça-chave da incorporação imobiliária, pois organiza os fatores de produção para a promoção da construção da obra e venda das unidades imobiliárias. Entretanto, o empreendimento projetado pelo incorporador não é realizado por meio de recursos do próprio incorporador, mas sim com o investimento feito pelos adquirentes e financiadores da incorporação imobiliária.

Em outras palavras: o incorporador capta e gere recursos de terceiros e os utiliza para o exercício da sua atividade; no entanto, juridicamente o capital de terceiros administrado pelo incorporador insere-se em seu próprio patrimônio.

Assim, os principais problemas que se pretende analisar são decorrentes deste conflito de interesses entre os adquirentes – que não possuem qualquer controle sobre a gestão dos seus recursos investidos no empreendimento imobiliário – e incorporador, que necessita do aporte de recursos dos adquirentes – e de instituições financeiras e securitizadoras – para propiciar o desenvolvimento da incorporação imobiliária. O risco jurídico dos adquirentes é contraposto aos riscos econômico e jurídico suportados pelo incorporador.

Para ilustrar este conflito de interesses, cita-se o emblemático caso da incorporadora Encol, a qual faliu em virtude, dentre outros motivos, da má administração dos recursos obtidos para a construção das diversas incorporações imobiliárias em andamento em todo o Brasil. A referida incorporadora utilizava os recursos recebidos para construção de determinado empreendimento em outro e assim sucessivamente, até que o planejamento financeiro saiu de seu controle.

Deixando-se de lado as alegações de corrupção e desvio de dinheiro por parte dos gestores da falida Encol, que não interessam ao presente trabalho, o fato é que a prática de repasse dos recursos de um empreendimento para outro – prática comercial usualmente adotada pelas incorporadoras imobiliárias até os dias de hoje – elevou o risco da operação, contribuindo para a quebra da referida incorporadora.

Assim, de um lado os adquirentes e financiadores, que investem seus recursos em um projeto imobiliário e confiam parte de seu patrimônio a uma incorporadora, necessitam ter a segurança de que a incorporadora cumprirá todos os seus deveres legais e contratuais. De outro lado, a incorporadora precisa captar no mercado recursos suficientes para adimplir seus diversos deveres contratuais, de modo que possuir em seu patrimônio a universalidade de bens e direitos de cada incorporação imobiliária propicia as condições necessárias para o exercício de sua atividade negocial.

Diante deste cenário, questiona-se: seria a afetação patrimonial da universalidade de direitos e deveres de cada incorporação imobiliária a forma mais adequada de mitigar e equilibrar de forma equânime os riscos de tal atividade? A restrição à utilização pelo

incorporador dos recursos captados não iria em certa medida onerar a atividade empresarial do incorporador?

Alternativamente, seria a solução utilizada pelo Direito alemão mais eficaz do que aquela utilizada no Direito brasileiro? E ainda, poder-se-ia adotar no Brasil uma garantia utilizada dentro de um contexto econômico de elevada estabilidade, como aquele da Alemanha? Teria o mercado imobiliário brasileiro condições de adotar a solução estrangeira?

Esses são os questionamentos que permeiam e inspiram este trabalho. Sabe-se que não se trata de questões simples, mas, ao contrário, consistem em questões jurídicas de elevada complexidade que invadem a esfera econômica do fenômeno para possibilitar sua compreensão.

Para melhor compreensão desta intrigante atividade negocial, apresenta-se sua evolução histórica no Brasil.

A construção de condomínios edilícios surgiu no Brasil no início do século XX, mostrando-se como uma forma de solucionar a escassez de imóveis, a falta de espaço e o problema da captação de recursos. A primeira regulação a respeito dos imóveis coletivos foi o Decreto nº 5.481 de 25 de junho de 1928, a qual dispunha sobre a “propriedade horizontal”, como denominado por Caio Mário da Silva Pereira<sup>3</sup>. No entanto, o Decreto nº 5.481/1928 restringia-se a estabelecer regras para a alienação parcial de edifícios já construídos, assim não havia até aquele momento qualquer regulação específica à atividade da incorporação imobiliária.

Ocorre que a necessidade habitacional nos grandes centros e o surgimento de uma grande oportunidade de negócios para os comerciantes ocasionou o surgimento da incorporação imobiliária de forma desregrada; incorporadores atuavam com total liberdade, expondo o negócio a riscos excessivos pela sua falta de responsabilização com o resultado.

Até a entrada em vigor da Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964, o incorporador atuava como um simples corretor que fazia a intermediação entre um construtor e os adquirentes, abandonando-os a sua sorte, auferindo os lucros decorrentes da atividade, mas exercendo juridicamente uma simples atividade de corretagem.

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Propriedade Horizontal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. P. 41.

Caio Mário da Silva Pereira foi o autor do anteprojeto inicial da Lei nº 4.591/1964<sup>4</sup>, a qual estabeleceu um regime próprio à incorporação imobiliária, sistematizou a relação contratual entre os contratantes, e privilegiou a boa-fé objetiva na relação contratual, o equilíbrio contratual e a proteção do adquirente<sup>5</sup>. O anteprojeto de lei de Caio Mário da Silva Pereira buscou, sobretudo, a composição entre a ideia individualista do contratante e as necessidades sociais<sup>6</sup>.

Com isso, a legislação brasileira passou a exigir do empresário/incorporador que assumisse os riscos inerentes a sua atividade empresarial. Foi finalmente definida a atividade do incorporador, foram impostas diversas condições prévias à comercialização das unidades imobiliárias, os deveres e direitos do incorporador foram estabelecidos, etc.

Criaram-se as modalidades de construção do empreendimento por empreitada ou administração, definindo com precisão as obrigações do incorporador em cada espécie e a assunção de riscos do negócio. Estabeleceu-se a possibilidade dos adquirentes reunirem-se em assembleia geral, para deliberar sobre sua atuação em conjunto, foi instituída a chamada comissão de representantes, destinada a representar a coletividade de adquirentes perante o incorporador, etc.

Foi ao longo dos anos, então, que se verificou a necessidade de haver mecanismos de proteção ou garantia contratual com maior eficácia do que aqueles previstos pela Lei nº 4.591/1964, haja vista o elevado risco negocial<sup>7</sup>. Uma das grandes dificuldades enfrentadas após 1964 foram os casos de falência de incorporadores, ou ainda, a paralisação de obras por motivos econômico-financeiros.

Neste contexto, Melhim Namem Chalhub elaborou a proposta de projeto de lei<sup>8</sup>, para alterar a Lei nº 4.591/1964, culminando na Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004, que criou a figura da afetação patrimonial, como forma de garantia legal aos adquirentes.

---

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Propriedade Horizontal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. P. 213-222.

<sup>5</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 3.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporação – Trinta Anos. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, Ano 19, n. 72, p. 11-19, abr./jun. 1995. P. 14.

<sup>7</sup> Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior frisa: “A experiência (...) revelava, todavia, a fragilidade do negócio, principalmente nos casos de crise da empresa, quando desaguavam nas dificuldades financeiras e na falência.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei n. 4.591/1964. **Revista forense**, v. 100, n. 376, p. 81-94, nov./dez. 2004. P. 82.

<sup>8</sup> O anteprojeto de lei redigido por Melhim Namem Chalhub e aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros foi convertido em quatro projetos de lei na Câmara dos Deputados, quais sejam, PL nº 2109/99, 3455/2000, 3742/2000, 1.150/2003. CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 4

Em suma, ao longo do século XX percebemos diversas mudanças no contexto social, econômico e jurídico do Brasil. A incorporação imobiliária ao longo de mais de 80 anos, a contar da primeira regulação de condomínios edilícios – Decreto nº 5.481/1928 – foi bastante debatida doutrinariamente e sofreu muitas alterações na sua regulação legal. As necessidades sociais foram sendo alteradas ao longo do tempo, de modo que as soluções jurídicas e, principalmente, econômicas válidas e suficientes de ontem, hoje não satisfarão mais as necessidades da prática empresarial.

O contexto evolutivo da incorporação imobiliária, de seus riscos e garantias, levamos à análise do tema dividida basicamente em duas partes. Na primeira parte serão analisadas as diferentes acepções da noção de incorporação imobiliária, para definição da operação econômica que se pretende estudar, e subsequentemente os riscos jurídicos e econômicos inerentes à incorporação imobiliária. Na segunda parte deste trabalho, inicialmente serão abordadas as garantias contratuais adotadas no Direito brasileiro para mitigação dos riscos apresentados na primeira parte do trabalho, para, então, analisar a incorporação imobiliária no Direito alemão e as garantias legais exigidas para proteção dos adquirentes dos riscos do negócio jurídico.

A comparação entre a estruturação negocial da incorporação imobiliária e garantias contratuais adotadas no Direito brasileiro e aquelas utilizadas no Direito alemão justifica-se especialmente pela maturidade econômica e jurídica encontrada na Alemanha e pelo modelo de economia desenvolvida buscada pelo Brasil, diante de seu relevante crescimento econômico dos últimos anos.

O método comparatista de pesquisa é próprio à análise e conhecimento das soluções jurídicas adotadas em distinto sistema jurídico. No presente estudo, utilizou-se o método comparatista de análise, a fim de questionar a eficácia das garantias contratuais adotadas no sistema jurídico, refletindo-se se a garantia adotada no Direito alemão poderia assegurar as pretensões desprotegidas dos adquirentes no Direito brasileiro, propiciando por meio deste instrumento jurídico o crescimento econômico brasileiro na área da construção civil.

Ademais, o crescimento das transações comerciais, entre contratantes brasileiros e alemães, também é um fator que influencia o interesse e pesquisa nas soluções jurídicas utilizadas no referido sistema jurídico estrangeiro.

Para o estudo da incorporação imobiliária no Direito brasileiro as obras de Caio Mario da Silva Pereira<sup>9</sup> e de Melhim Namem Chalhub<sup>10</sup> revelam-se norteadoras. Não somente por terem sido escritas por juristas que efetivamente trabalharam na evolução legislativa e doutrinária do tratamento da incorporação imobiliária, mas também por serem monografias específicas sobre o tema. O estudo da mesma atividade negocial no Direito alemão contou com a ampla e ao mesmo tempo profunda análise do tema encontrada nas obras de Gregor Basty<sup>11</sup>, Nils Kleine-Möller e Heinrich Merl<sup>12</sup> e Messerschmidt e Voit<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Propriedade Horizontal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

<sup>10</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>11</sup> BASTY, Gregor. **Der Bauträgervertrag: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung**. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005.

<sup>12</sup> KLEINE-MÖLLER, Nils e MERL, Heinrich. **Handbuch des privaten Baurechts**. 4 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2009.

<sup>13</sup> MESSERSCHMIDT, Burkhard e VOIT, Wolfgang. **Privates Baurecht**. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2008.

## I A ANÁLISE DOGMÁTICA DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Incorporação imobiliária consiste na operação econômica, na qual uma pessoa – o incorporador – reúne todos os fatores de produção necessários para organizar e promover a construção de um condomínio edilício, incorporando-o ao imóvel original, a fim de possibilitar a individualização das distintas unidades imobiliárias em condomínio sobre o terreno original, sobre o qual se construirá o empreendimento.

De acordo com a legislação vigente<sup>14</sup>, a incorporação imobiliária consiste na “atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”<sup>15</sup>. Neste sentido, a atividade do incorporador revela-se um complexo negocial, o qual abarca diversos atos e negócios jurídicos necessários para consecução de sua finalidade.

Para melhor compreensão da incorporação imobiliária mostra-se relevante acentuar a diversidade de etapas e sujeitos com os quais o incorporador deverá contratar para possibilitar a realização de sua atividade negocial. O desenvolvimento da incorporação imobiliária depende, portanto, da concatenação de diversos negócios jurídicos, celebrados com distintos sujeitos, e de determinados atos realizados pelo incorporador para criação e regularização das novas unidades imobiliárias, objeto fim da incorporação imobiliária.

Visando justamente analisar e compreender como a incorporação imobiliária desenvolve-se juridicamente, utilizar-se-á do estudo das obrigações contratuais de cada negócio jurídico que a instrumentaliza, bem como da análise da relação entre tais negócios jurídicos e seus riscos econômicos e jurídicos, para melhor compreensão da noção de incorporação imobiliária.

Para isso primeiramente será abordada a noção de incorporação imobiliária analisando-a segundo suas distintas acepções jurídicas no Direito brasileiro, isto é, a natureza de atividade empresária do incorporador, formada pelo exercício reiterado de diversos atos e negócios jurídicos distintos unidos para a obtenção de uma finalidade

---

<sup>14</sup> Lei 4.591/1964. BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm). Acesso em 02 de setembro de 2012.

<sup>15</sup> Artigo 28, § único da Lei nº 4.591/1964. BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm). Acesso em 08 de outubro de 2012.

única<sup>16</sup> e a dinâmica contratual formada por um complexo de negócios jurídicos relacionados de forma a concretizar o objeto fim da incorporação imobiliária: a criação de novas unidades imobiliárias e a transmissão de sua propriedade aos adquirentes.

Posteriormente, o estudo será direcionado aos riscos inerentes à incorporação imobiliária, trazendo-se no primeiro momento a abordagem dos riscos econômicos e financeiros carregados pelo incorporador, para, no segundo momento, estudar os riscos que os adquirentes das unidades imobiliárias e os demais financiadores do empreendimento imobiliários suportarão ao contratar com o incorporador.

## 1 NOÇÃO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SEGUNDO SUAS DISTINTAS ACEPÇÕES NO DIREITO BRASILEIRO

A incorporação imobiliária no Direito brasileiro pode ser conceituada por meio de suas acepções jurídicas ou pela sua acepção econômica. Assim, pode-se falar em pelo menos três noções de incorporação imobiliária; sob o aspecto econômico, corporifica-se como uma operação econômica e sob os aspectos jurídicos pode-se analisá-la como uma atividade negocial do empresário-incorporador e como uma rede contratual de negócios jurídicos.

A análise do fenômeno como uma operação econômica restringe-se aos seus aspectos fáticos dentro do mercado econômico, de modo que no presente estudo será abordada apenas de forma indireta, haja vista escopo jurídico ora pretendido. Neste sentido, a análise da incorporação imobiliária proposta neste trabalho, restringir-se-á às suas acepções jurídicas, isto é, como atividade negocial do incorporador e rede de contratos.

Assim, essencialmente a incorporação imobiliária se concretiza por meio do incorporador, quem possui a obrigação de organizar os fatores de produção necessários para o desenvolvimento de tal atividade<sup>17</sup>, isto é, o incorporador é a pessoa responsável pela ligação jurídica e econômica entre o financiador do empreendimento, o construtor da obra e

---

<sup>16</sup> Neste sentido, esclarece Judith Martins-Costa a importância da noção de atividade para a compreensão das obrigações contratuais: “Para o Direito das Obrigações a noção de ‘atividade’ servirá, por exemplo, para a mais adequada compreensão de variadas formas contratuais criadoras de relações interdependentes e finalisticamente ligadas”. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 100.

<sup>17</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 14 e ss.

os adquirentes interessados no produto de sua atividade: o condomínio edilício e as unidades imobiliárias autônomas.

As principais características da incorporação imobiliária envolvem especialmente a mobilização e articulação dos meios necessários para a constituição de um condomínio especial de imóveis residenciais ou comerciais. A análise das obrigações legais e contratuais assumidas pelo incorporador permitirá que se defina com mais refinamento as características desta atividade, dando-se especial atenção ao chamado “contrato de compra e venda” ou “contrato de promessa de compra e venda de imóveis”<sup>18</sup>.

Pontes de Miranda definiu a incorporação imobiliária como “*o período pré-comunial em que se praticam os atos necessários ao estabelecimento da comunhão pro diviso nos edifícios de apartamentos*”<sup>19</sup>, trazendo com este conceito uma característica primordial para definição da incorporação imobiliária: o aspecto temporal da atividade. Para que se tenha um contrato de incorporação imobiliária ou contrato de promessa de compra e venda de unidades imobiliárias é imprescindível que a contratação se dê antes ou durante a construção do edifício<sup>20</sup>, e é justamente esta característica que estabelece o risco inerente à operação econômica da incorporação imobiliária, porquanto se trata de uma promessa de venda de coisa futura<sup>21</sup>.

O incorporador assume a importante tarefa de organizar os fatores de produção necessários à obtenção de terreno próprio para a construção do edifício – seja pela aquisição do imóvel, seja pela promessa de compra e venda, de cessão ou de permuta do imóvel – estruturação do projeto de construção para submissão às autoridades competentes, usualmente contratando o serviço de empresas de arquitetura e engenharia, obtenção de financiamento bancário, apresentação de toda a documentação apontada no artigo 32<sup>22</sup> da

---

<sup>18</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XII. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. P. 207 e ss.

<sup>19</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XII. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. P. 208.

<sup>20</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P.550.

<sup>21</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei nº 4.591/1964. **Revista forense**, v. 100, n. 376, p. 81-94, nov./dez. 2004. P. 84.

<sup>22</sup> Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado; b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativante ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador; c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos,

Lei 4.591/1964 junto ao Registro de Imóveis, no qual o terreno encontra-se registrado, para então poder iniciar o anúncio do empreendimento, a fim de negociar a venda das unidades autônomas.

Com esta breve exposição da sequência de atos e negócios jurídicos realizados pelo incorporador anteriormente à venda das unidades imobiliárias e do início das obras, percebe-se que a atividade do incorporador carrega um risco bastante alto, face à dependência de diversos sujeitos e etapas ao longo do tempo, muitas vezes bastante longas e burocráticas, para a consecução de seu fim.

Por meio da centralização na figura do incorporador desta “coordenação e consecução de empreendimento imobiliário”<sup>23</sup>, cria-se uma estrutura própria para captação de recursos, garantindo aos indivíduos envolvidos neste investimento uma segurança jurídica e econômica maior, especialmente em virtude da regulação normativa surgida com a Lei 4.951/1964. O incorporador, assim, como organizador do empreendimento, terá a obrigação de captar recursos necessários para financiar a obra de construção do edifício.

Diante deste cenário, o negócio de compra e venda das unidades autônomas realizado com os adquirentes constitui meio essencial de captação de recursos do incorporador, pois os adquirentes estarão pagando antecipadamente por um bem imóvel futuro. Mais adiante se verá que o crédito imobiliário do incorporador perante os adquirentes será um relevante instrumento de garantia desta operação econômica. Assim, o

---

acompanhado de certidão dos respectivos registros; d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes; e) cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, cada tipo de unidade a respectiva metragem de área construída; f) certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular de direitos sobre o terreno for responsável pela arrecadação das respectivas contribuições; g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei; h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do art. 53 com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra; i) discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão; j) minuta da futura Convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações; l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do art. 39; m) certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do artigo 31; n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34); o) atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de cinco anos; p) declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos.” BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm). Acesso em 02 de setembro de 2012.

<sup>23</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.11.

recebimento do preço dos imóveis pelo incorporador irá proporcionar um dos meios para cumprimento de suas obrigações contratuais.

Com isso, delineado os aspectos fáticos da incorporação imobiliária e sua finalidade, afigura-se relevante analisar a incorporação imobiliária pelas suas duas acepções jurídicas: como atividade comercial exercida pelo incorporador, e, como rede contratual de negócios jurídicos, compreendendo-se por meio da ótica jurídica o fenômeno econômico promovido pelo incorporador, acima brevemente exposto.

### 1.1 Qualificação da atividade comercial

A incorporação imobiliária desde seu surgimento é identificada e reconhecida pela natureza da atividade exercida pelo incorporador. A consideração da incorporação imobiliária como um simples contrato típico regulado pela Lei nº 4.591/1964 é redutora e não se coaduna com a complexidade do fenômeno. No seu núcleo está a noção de “atividade” que aglutina variada gama de relações obrigacionais e deveres que surgem da atividade exercida pelo incorporador, assim compreende Caio Mário da Silva Pereira, autor do projeto de Lei que culminou com a Lei nº 4.591/1964:

(...) o incorporador caracteriza-se pela sua *atividade*. (...). Toda pessoa física ou jurídica, independentemente da sua anterior profissão, torna-se incorporador pelo fato de exercer, em caráter permanente ou eventual, uma certa atividade que consiste em promover a construção de edificação dividida em unidades autônomas.<sup>24</sup>

A noção de *atividade comercial* também se encontra no Código Civil de 2002, no qual foi substituído o conceito estático de *ato* pelo conceito dinâmico de *atividade*, especialmente no âmbito empresarial, o que em grande medida afetou a interpretação do Direito das Obrigações<sup>25</sup>. Como ressaltado por Luiz Gastão Paes de Barros Leães, o Código Civil de 2002 adotou a doutrina do “negócio jurídico” ao invés da doutrina do “ato jurídico” consagrada no Código Civil de 1916, de modo a trazer uma noção mais dinâmica do fenômeno, com o acolhimento da noção de “negócio jurídico” na Parte Geral:

<sup>24</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P.248.

<sup>25</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Vol. V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 80.

O conceito de ato jurídico, restrito, na concepção adotada pelo antigo Código Civil, ao que tem por fim adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (art. 81), se amplia como fonte formal de todo comportamento apto a construir direitos subjetivos, (...), constituindo gênero, do qual a declaração de vontade do particular, dirigida no sentido de obtenção de um resultado seria espécie, denominada de negócio jurídico.<sup>26</sup>

Esta concepção dinâmica do Direito das Obrigações e da atividade empresarial instrumentalizada por institutos e formas obrigacionais - coaduna-se perfeitamente com a visão da relação obrigacional como um processo complexo, formada por sucessivos momentos distintos, e por variados direitos, pretensões, poderes formativos, faculdades, mas unidos pela sua finalidade única. Neste sentido, Judith Martins-Costa esclarece que a relação obrigacional é formada por diversos deveres, pretensões, interesses, posições jurídicas, etc., os quais se encontram finalisticamente coligados, compondo um organismo ou totalidade, coordenados de forma dinâmica<sup>27</sup>.

A realização do fim pretendido só se dará se houver uma interligação e interdependência entre os deveres de prestação principais, secundários, e deveres laterais, a serem satisfeitos em vista do fim último que liga credor e devedor, qual seja, o adimplemento satisfatório<sup>28</sup>.

Esta interpretação da estrutura da relação obrigacional, além de ter sido aquela adotada pela atual legislação civil<sup>29</sup>, esclarece a complexidade de deveres que permeiam as relações obrigacionais celebradas pelo incorporador e demais contratantes para consecução da incorporação imobiliária.

Essa estrutura complexa e encadeada é perfeitamente visualizada na incorporação imobiliária que perfaz a noção dinâmica de "negócio" traduzida na ideia de "atividade negocial". De fato, como pontuado por Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "a prática, quando continuamente reiterada, de negócios jurídicos, de modo organizado e estável, por

---

<sup>26</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A Disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, vol. 128, Ano XLI, outubro –dezembro 2002. P.11.

<sup>27</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Vol. V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 29.

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Vol. V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 78.

<sup>29</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Vol. V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 26.

um mesmo sujeito, na busca de uma finalidade unitária e permanente”<sup>30</sup> por meio de sua simples continuidade e repetição acaba criando relações interdependentes, que, “conjugando o exercício coordenado dos atos, o transubstancia em atividade”<sup>31</sup>.

Assim, o exercício da atividade empresarial e negocial pelo incorporador, além de qualificá-lo como empresário<sup>32</sup>, permite a identificação da função social da atividade desenvolvida por este empresário dentro do contexto negocial em que se insere.

Neste sentido, frisa-se a necessária vinculação entre a atividade negocial do incorporador e o princípio da função social da incorporação imobiliária, isto é, a atuação do incorporador no desenvolvimento de sua atividade deve estar voltada à realização da função social de tal operação econômica, seja na sua face intersubjetiva (entre os contratantes) seja na face transubjetiva (entre um dos contratantes ou todos os contratantes e terceiros).

A incidência da função social da incorporação imobiliária tem relevância na sua face intersubjetiva – pois, seguidamente, em especial nos conjuntos habitacionais, a incorporação viabiliza o direito fundamental à moradia – e, igualmente, na sua face transubjetiva, na medida em que um empreendimento imobiliário vai além dos limites dos contratos celebrados pelo incorporador para realização do condomínio edilício. Há impactos urbanísticos e ecológicos, o que ocasiona, por vezes, o acerto de "contrapartidas" à Administração Pública – cita-se como exemplo, a construção de vias para o escoamento do tráfego, a implantação de áreas verdes, a construção e melhoria das vias de acesso ao local do empreendimento. Ademais, a frustração da conclusão de tal obra poderá gerar, além do impacto econômico sobre os contratantes diretamente afetados, consequências negativas na comunidade de indivíduos residentes ou com sede em localização próxima ao empreendimento inacabado<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A Disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro. Revista de Direito Mercantil, vol. 128, Ano XLI, outubro –dezembro 2002. P.12.

<sup>31</sup> MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. P. 136.

<sup>32</sup> Sylvio Marcondes, integrante da comissão relatora do anteprojeto do Código Civil brasileiro de 2002, esclarece que a empresa foi considerada por um prisma subjetivo, isto é, foi dada especial consideração à atuação do titular da empresa e à realização das condições necessárias para a satisfação dos objetivos e finalidades do empreendimento, a fim de construir os elementos formadores do conceito de empresa. MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. P. 138.

<sup>33</sup> Tratando a respeito da diretriz da socialidade, em especial sobre o princípio da função social dos contratos e da atividade negocial, Judith Martins-Costa esclarece: “Por conta do art. 421 a função social, tradicionalmente associada à propriedade, recebe no âmbito das Obrigações, uma relevância particular no que diz com a atividade negocial e com as obrigações fundadas no dever contratual de evitar o dano ou assegurar a sua reparação ou, ainda, de se responsabilizar por medidas tendentes à sua prevenção.”. No contexto da incorporação imobiliária, aponta-se que os deveres dos contratantes oriundos da incidência do princípio da

Com isso, compreende-se a incorporação imobiliária como uma atividade negocial exercida pelo incorporador, na qual a prática reiterada dos atos e negócios jurídicos necessários para a concretização do escopo da atividade reflete a dinamicidade do fenômeno. Assim, a atuação do incorporador no exercício da atividade negocial estará necessariamente voltada à função social da incorporação imobiliária, que norteia por meio das suas faces intersubjetiva e transubjetiva os deveres contratuais e legais do incorporador.

Em suma, na análise da atividade empresarial do incorporador para a realização da incorporação imobiliária, assume especial relevância o exame dos deveres e obrigações contratuais assumidos nos diversos contratos e atos que implementam aquela atividade<sup>34</sup>.

## 1.2 Compreensão da dinâmica contratual

A incorporação imobiliária é formada por uma pluralidade de contratos, os quais, em conjunto, propiciam a concretização da finalidade econômico-social almejada por cada contrato estruturado autonomamente.

Para propiciar a melhor compreensão deste fenômeno de elevada complexidade, dividir-se-á a abordagem da dinâmica contratual em duas partes. Na primeira parte será mencionado o fenômeno das redes contratuais ou coligação de contratos na incorporação imobiliária, para então, na segunda parte analisar-se separadamente cada relação contratual surgida e as normas jurídicas incidentes sobre cada tipo contratual.

### 1.2.1 O fenômeno das redes contratuais na incorporação imobiliária

Como negócio jurídico, por meio do qual o incorporador se obriga a promover a construção de um edifício e a transmitir a propriedade das unidades imobiliárias antes

---

função social do contrato e da boa-fé objetiva exigem do incorporador – em especial – uma atuação mais ativa na prevenção de eventuais danos aos demais contratantes e terceiros, decorrentes de seu inadimplemento contratual. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Vol. V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 89. Ainda, a respeito da diretriz da socialidade adotada pelo Código Civil, vide REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>34</sup> Vide item “1.2 Compreensão da Dinâmica Contratual” para melhor compreensão de tais conceitos jurídicos.

mesmo de sua construção, a incorporação imobiliária exige que o incorporador firme diversos contratos para alcançar a sua função social e econômica<sup>35</sup>.

Será necessária a conjugação de diversos atos materiais, jurídicos e de determinados negócios jurídicos, especialmente por parte do incorporador, para se alcançar o resultado econômico-social<sup>36</sup> da incorporação imobiliária. Portanto, na incorporação imobiliária, depreende-se a coligação ou conexão de diversos contratos, tais como, contrato de promessa de compra e venda do terreno onde o empreendimento será construído, contrato de promessa de compra e venda das unidades imobiliárias, contrato de construção, contrato de financiamento, etc.

A coligação contratual reflete a necessidade da técnica jurídica de se adaptar às necessidades comerciais atuais, isto é, a conjugação de complexas operações econômicas que não podem mais ser instrumentalizadas por meio de apenas um contrato bilateral, como no passado. Diante deste cenário, à dogmática jurídica coube o papel de elaboração de adaptação dos modelos contratuais até então existentes às necessidades sociais<sup>37</sup>.

Percebe-se assim que nas operações econômicas, em que dois ou mais contratos estejam vinculados por um nexos funcional, caso tais negócios jurídicos fossem isoladamente considerados não poderiam alcançar de forma satisfativa o fim visado.

Para melhor definir os contratos coligados, cita-se a definição proposta por Francisco Marino:

Contratos coligados podem ser conceituados como *contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca*<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Melhim Namem Chalhub a esse respeito ressalta: “Aspecto de extraordinária relevância nesse contrato é o interesse coletivo, que constitui traço marcante de sua função social e que, em consequência, dá o tom do seu escopo e condiciona sua funcionalidade econômica”. CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 143.

<sup>3636</sup> A este respeito Francisco Paulo de Crescenzo Marino de forma bastante claro esclarece que os contratos coligados unem-se por um nexos funcional, de modo que a “coligação visa a um determinado resultado econômico-social”. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos Coligados**. São Paulo: Saraiva, 2009. P.132.

<sup>37</sup> A este respeito ressalta Francisco Paulo de Crescenzo Marino: “A construção do conceito dogmático de ‘contratos coligados’ representa a etapa final de um processo iniciado com a percepção progressiva de que, em inúmeros casos, a regulação atomística dos contratos não se compadece com a realidade econômico-social.” MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos Coligados**. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 4.

<sup>38</sup> MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos Coligados**. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 99.

Veja-se que aqui não se faz diferenciação entre as denominações “contratos coligados”, “contratos conexos”, “redes contratuais”, “grupos de contratos”, etc., haja vista que todas as expressões supramencionadas referem-se ao mesmo fenômeno, qual seja, “contratos estruturalmente diferenciados, todavia, unidos por um nexo funcional-econômico que implica consequências jurídicas”<sup>39</sup>.

Neste sentido Rodrigo Xavier Leonardo esclarece as origens das denominações do fenômeno da coligação contratual:

No direito italiano e no direito português, a interligação funcional e econômica entre contratos estruturalmente diferenciados tem sido tratada sob a expressão *contratos coligados*. No direito espanhol, privilegia-se a expressão *contratos conexos*. No direito francês, *grupos de contratos*, no direito anglo-saxão, contratos ligados (*linked contracts* ou *linked transactions*) ou *networks* contratuais e, por fim, no direito argentino, a expressão *redes contratuais*.

Assim, importa frisar algumas das consequências jurídicas que a coligação contratual gera nos contratos vinculados por este nexo econômico, funcional e sistemático<sup>40</sup>  
41.

No caso da incorporação imobiliária o vínculo estabelecido entre os contratos estruturalmente diferenciados não decorre da manifestação de vontade das partes em coligar tais relações contratuais, mas sim da própria operação econômica unitária, que ocasiona a celebração de todos os contratos necessários para de fato possibilitar a concretização do empreendimento imobiliário.

O sistema contratual ocasionado pela conexão funcional entre os negócios jurídicos celebrados impõe o cumprimento de deveres laterais de conduta pelos contratantes, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva<sup>42</sup>, em virtude da *realidade sistêmica*<sup>43</sup> dos contratos.

<sup>39</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 129.

<sup>40</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 137.

<sup>41</sup> A este respeito Ricardo Luis Lorenzetti pontua: “En la conexidad hay un interés asociativo que satisface a través de un negócio que requiere varios contratos unidos en sistema; (...) hay una finalidad económico-social que transcende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión”. LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. V.1. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999. P. 63.

<sup>42</sup> Tratando da função da boa-fé objetiva de criação de deveres jurídicos, Judith Martins-Costa esclarece: “(os deveres laterais de conduta) Estão, antes, referidos ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos, em atenção à identidade finalística, constituindo o complexo

Nesta mesma linha, Gerson Luiz Carlos Branco ao tratar do sistema contratual do cartão de crédito pontua: “a inflexão ético-jurídica do princípio da boa-fé e da confiança sobre os contratos determinou a unidade jurídica do sistema, sobrepondo-se ao dogma de que quem não declara vontade em contratar não se obriga”<sup>44</sup>.

Neste sentido, pode-se afirmar que uma das consequências jurídicas mais relevantes da coligação contratual ou rede contratual na incorporação imobiliária é justamente incidência do princípio da boa-fé objetiva e da confiança de maneira global no sistema contratual, a fim de possibilitar a realização da finalidade econômico-social comum<sup>45</sup> a todos os contratos relacionados em sistema, o que em última medida gera o surgimento de deveres laterais de conduta a todos os sujeitos envolvidos.

A respeito das redes contratuais, Judith Martins-Costa esclarece a incidência do princípio da boa-fé:

A colaboração e a tutela da confiança, decorrentes da operatividade do princípio da boa-fé objetiva, orientam, axiologicamente, a complexidade, a dinamicidade e a potencial transformabilidade que caracterizam as obrigações duradouras, na medida em que as situações jurídicas subjetivas complexas são compostas por um dinâmico ‘todo’ de direitos, deveres, faculdades, ônus, expectativas legítimas, etc., finalisticamente interligados ou coligados<sup>46</sup>.

Desta forma, ao analisarmos a dinâmica contratual da incorporação imobiliária faz-se imprescindível considerar a forma como todos os contratos realizados se relacionam e

---

conteúdo da relação que se unifica funcionalmente”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 440. A referida autora ressalta, ainda, ao tratar dos deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, a decisão do juiz Claudemir Missaglia do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual ao julgar um caso de incorporação imobiliária, no qual as casas em condomínio construídas estavam eivadas de defeitos de construção, o julgador entendeu que tanto a incorporadora, como a construtora e financiadora deveriam responder solidariamente pelos defeitos de construção da obra, fundamentando sua decisão “a partir da concepção da relação obrigacional como uma totalidade e um processo, percebeu o inadimplemento contratual pela quebra de deveres instrumentais decorrentes da boa-fé”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 444 e 445.

<sup>43</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 150

<sup>44</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O sistema contratual do cartão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 31.

<sup>45</sup> “O fim jurídico imediato é, pois, a prestação visada, considerada isoladamente, e o fim jurídico comum, a operação global realizada por um grupo de contratos, sem a qual não se satisfazem os fins imediatos”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O sistema contratual do cartão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 34.

<sup>46</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Vol. V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 71.

perceber que a sua reunião finalística é que permite a conjugação de todos os meios necessários para promoção da construção do empreendimento imobiliário, registro da incorporação no registro de imóveis, individualização das unidades autônomas e transmissão das diversas propriedades imobiliárias constituídas<sup>47</sup>.

### *1.2.2 Análise dos instrumentos contratuais da incorporação imobiliária*

A principal obrigação assumida pelo incorporador, em vista desta dinâmica contratual, é perante os adquirentes, na medida em que o “produto final” do contrato de incorporação imobiliária será o imóvel visado por cada adquirente. Assim, há algumas obrigações do incorporador que decorrem da própria lei das incorporações imobiliárias (Lei 4.591/1964), e que almejam em última instância a proteção contratual do adquirente.

Assim, os primeiros instrumentos contratuais que serão celebrados pelo incorporador visarão criar as condições necessárias para a regularização do projeto de empreendimento imobiliário. Logo de início, o incorporador terá que adquirir a propriedade ou direitos sobre o imóvel sobre o qual se iniciará a construção do edifício, que lhe permita promover a construção do empreendimento imobiliário naquele local. Assim, sua primeira obrigação legal será de obter o direito de promover a construção do empreendimento imobiliário e a venda de suas unidades. A legislação brasileira não aceita mera autorização do proprietário do terreno para que o incorporador possa construir a obra, ou simples promessa não formalizada de transmissão de propriedade<sup>48</sup>.

Exige-se do incorporador para registro da incorporação imobiliária uma garantia mais sólida, conforme se depreende dos artigos 31 e 32 ‘a’ da Lei 4.591/1964, pois ele possui a obrigação legal de demonstrar seu direito de promover a construção sobre o imóvel, seja por possuir direitos reais (propriedade) ou direitos obrigacionais (promessa de compra e venda irrevogável e irretroatável, cessão de direitos ou permuta) sobre o bem imóvel<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 138.

<sup>48</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P.262.

<sup>49</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei n. 4.591/1964. **Revista forense**, v. 100, n. 376, p. 81-94, nov./dez. 2004.

É importante frisar que o incorporador terá a obrigação de comprovar seu direito de demolir e construir sobre o imóvel e de alienar as unidades para fins de registro da incorporação imobiliária perante o registro de imóveis, antes mesmo de iniciar qualquer tratativa negocial com os adquirentes ou até mesmo dar publicidade do empreendimento imobiliário. Nesta medida, a incorporação imobiliária deverá necessariamente estar registrada antes do início da venda antecipada das unidades habitacionais.

Obtido o direito de promover a construção sobre o imóvel, o incorporador passará a uma segunda fase, na qual estruturará um projeto de construção do empreendimento imobiliário. Aqui muitas vezes o incorporador terá que contratar uma empresa de engenharia e arquitetura para realizar tal serviço, caso o próprio incorporador não tenha expertise para realiza-lo. Após a obtenção das autorizações e licenças necessárias, o incorporador levará a registro no cartório de registro de imóveis competente, de acordo com o artigo 32 da Lei 4.591/1964.

Com o registro da incorporação imobiliária, o incorporador promoverá a construção do empreendimento imobiliário. Para isso, poderá contratar os serviços de uma construtora, caso não vá promover a construção da obra por si mesmo. Note-se que a definição do responsável pela construção da obra é imprescindível para o registro da incorporação imobiliária no registro de imóveis.

Caso o incorporador assuma o risco da construção, realizando-a ou não por meio de terceiro, firmará com os adquirentes das unidades imobiliárias um contrato de promessa de compra e venda no qual se obrigará a transmitir coisa imóvel futura. Neste caso, o incorporador ou o construtor estabelecerá no contrato com os adquirentes um “preço fechado” (preço fixo ou definido) de venda e terá que arcar com eventuais prejuízos, no caso de a obra custar mais do que o inicialmente planejado. Os riscos da variação do custo com a obra ocorrem, nessa modalidade, contra o incorporador ou construtor.

Outra hipótese é aquela, na qual o incorporador ou construtor não assume o risco da variação no custo de construção da obra, isto é, os adquirentes arcarão com eventual variação do preço de construção<sup>50</sup>.

Veja-se que, tanto na hipótese de construção por preço fixo, quanto por preço de custo, a construção do empreendimento poderá ser realizada pelo próprio incorporador ou

---

<sup>50</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 181.

por um construtor. Na segunda hipótese, o contrato firmado entre o incorporador e os adquirentes será tido como contrato de promessa de compra e venda de fração ideal do terreno vinculado a contrato de construção<sup>51</sup>.

Nesta situação, o contrato de construção terá como tomador de serviços os adquirentes das unidades imobiliárias, e o incorporador será mero intermediário entre os adquirentes e o construtor, face à coligação entre o contrato de compra e venda das unidades autônomas e o contrato de construção da obra. O incorporador poderá até ter a iniciativa de contratar o construtor para a realização do encargo, no entanto, à medida que as frações ideais vão sendo vendidas aos adquirentes, os mesmos vão automaticamente se sub-rogando nos direitos e obrigações do incorporador no contrato de construção<sup>52</sup>.

No contrato de construção em que os tomadores de serviço são os adquirentes, os mesmos estarão vinculados em termos irrevogáveis, de modo que o contrato de construção não poderá ser rescindido por decisão singular de um dos adquirentes, demonstrando-se por este aspecto mais uma vez a coligação dos negócios jurídicos voltados para uma finalidade única.

Neste contexto terá especial relevância a assembleia geral dos contratantes, prevista no artigo 49 da Lei 4.591/1965, e a chamada comissão de representantes dos adquirentes, prevista no artigo 50 da Lei 4.591/1964, na medida em que será uma forma de concentrar a representação e defesa dos interesses da coletividade de adquirentes frente ao construtor ou incorporador – este na hipótese em que o incorporador também se responsabiliza pela construção da obra.

Assim, quando o incorporador não constrói e não contrata a construção em nome próprio, o contrato de construção, vinculado à promessa de compra e venda das unidades imobiliárias, poderá ser na modalidade por empreitada ou por administração.

Ocorrendo a contratação da construção por empreitada, o preço da construção e prazo para entrega da obra estarão estabelecidos no contrato, podendo o preço ser fixo ou reajustável por índices previamente determinados<sup>53</sup>. Neste sentido, como regra geral o

---

<sup>51</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei n. 4.591/1964. *Revista forense*, v. 100, n. 376, p. 81-94, nov./dez. 2004. P. 86 e 87.

<sup>52</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 183.

<sup>53</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.181.

construtor ou incorporador estará obrigado a prestar a mão-de-obra e o material, podendo reajustar o preço da construção, nas hipóteses de preço fixo reajustável.

Por outro lado, ocorrendo a contratação da construção por administração, o construtor ou o incorporador responsabilizar-se-á pela promoção da execução dos serviços da obra, dirigindo o serviço e prestando a mão-de-obra necessária para o encargo. O valor da construção será apenas uma estimativa dos valores que serão cobrados pela realização da construção, devendo ser reajustado o preço semestralmente, de modo que não haja um preço definido. Os adquirentes assumirão, portanto, o custeio de todas as despesas da obra, seja o custo do material, mão-de-obra, remuneração do construtor, eventuais tributos, etc.<sup>54</sup>

Contratando-se a construção por administração, o conjunto de adquirentes assumirá os riscos de eventual inadimplência de algum adquirente ou de aumento de custo da obra. A construção será, portanto, um “empreendimento coletivo” dos adquirentes, e, o incorporador figurará como um gerente ou administrador da obra<sup>55</sup>. Assim, será imprescindível que a coletividade de adquirentes possua uma organização administrativa mais forte e concentrada, pois todos os serviços serão realizados para o condomínio, e os pagamentos derivarão das contribuições dos condôminos.

Veja-se que seja a contratação por empreitada, seja por administração, haverá a possibilidade de reajuste do preço da construção. No entanto, como destaca Melhim Namem Chalhub, a atuação da comissão de representantes será “mais intensa no contrato de construção por administração, pois neste a comissão tem responsabilidade pela revisão do orçamento a cada seis meses e, além disso, tem que fiscalizar as concorrências para compra dos materiais ou contratação de serviços (...)”<sup>56</sup>.

O papel da comissão de representantes já demonstra a função econômica e social do contrato de incorporação imobiliária: os adquirentes estão ligados por sua posição econômica em vista do interesse comum no empreendimento. Conquanto não tenham qualquer relação jurídica formalizada entre si, por possuírem interesses jurídicos

---

<sup>54</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.183; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso de Apelação nº 70006711683, Relator: Des. Leoberto Narciso Brancher, 2003. (Apelação Cível Nº 70006711683, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leoberto Narciso Brancher, Julgado em 25/11/2003)

<sup>55</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei n. 4.591/1964. **Revista forense**, v. 100, n. 376, p. 81-94, nov./dez. 2004. P. 87

<sup>56</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 186.

convergentes, lhes é garantida essa participação especial na revisão do preço da construção e na própria fiscalização do desenvolvimento da obra<sup>57</sup>.

Os adquirentes, em conjunto, e o incorporador são inclusive referidos pela doutrina como uma comunidade de interesses, estando “vinculados por uma afinidade semelhante à *affectio societatis*”<sup>58</sup>. Como se verá mais adiante, nos mecanismos de proteção dos adquirentes advindos da chamada afetação patrimonial do empreendimento imobiliário, que se perceberá de forma mais evidente tal vinculação entre o conjunto de adquirentes – futuros condôminos que compartilham da mesma propriedade edilícia – e demais credores do incorporador.

O artigo 60 da Lei nº 4.591/1964<sup>59</sup>, regulando o contrato de construção por administração, destaca essa função de primordial relevância da comissão de representantes no contexto da incorporação imobiliária ao determinar que a revisão do preço da construção deva ser providenciada semestralmente pela comissão de representantes e pelo construtor.

Os representantes dos adquirentes que comporão a comissão de representantes poderão ser desde logo indicados no contrato de construção ou poderão ser eleitos pelos adquirentes em uma assembleia geral de condôminos, conforme preceitua o artigo 50 da Lei nº 4.591/1964.

A assembleia geral dos contratantes, por sua vez, terá o importante papel de reunir os adquirentes e fortalecer seu elo, permitindo que tenham um espaço para discutir e deliberar a respeito de seus interesses no desenvolvimento da incorporação imobiliária e

---

<sup>57</sup>Neste sentido vide trecho do acórdão do STJ de relatoria da Ministra Nancy Andrighi: “A Lei 4.591/64 trata os adquirentes de unidades autônomas construídas sob o regime de administração, ou preço de custo, como condôminos, mesmo enquanto não há propriedade comum, instituindo uma Assembleia Geral e uma Comissão de Representante como órgãos aptos a manifestar a vontade deste condomínio, tudo no intuito de prestigiar o associativismo e facilitar a proteção dos interesses de um grupo disperso de contratantes.” REsp 782.631/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 23/10/2008

<sup>58</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 165.

<sup>59</sup> “Art. 60. As revisões da estimativa de custo da obra serão efetuadas, pelo menos semestralmente, em comum entre a Comissão de Representantes e o construtor. O contrato poderá estipular que, em função das necessidades da obra sejam alteráveis os esquemas de contribuições quanto ao total, ao número, ao valor e à distribuição no tempo das prestações.

Parágrafo único. Em caso de majoração de prestações, o novo esquema deverá ser comunicado aos contratantes, com antecedência mínima de 45 dias da data em que deverão ser efetuados os depósitos das primeiras prestações alteradas.” BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm). Acesso em 09 de setembro de 2012.

conclusão da obra. Tal reunião poderá ser convocada durante a obra pelo próprio incorporador ou pelo construtor ou ainda por 1/3 dos adquirentes.

Em vista deste propósito protetivo da parte vulnerável do contrato de incorporação imobiliária concretizado por meio de tais mecanismos de proteção dos adquirentes trazidos pela Lei nº 4.591/1965, demonstra-se relevante referir que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) também é aplicável a determinados negócios jurídicos da incorporação imobiliária, de forma complementar à Lei nº 4.591/1964.

Conforme estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, fornecedores são todos aqueles “que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”<sup>60</sup>. O incorporador, portanto, encaixa-se no conceito de fornecedor de produtos, levando-se em consideração ainda que o legislador brasileiro no §1º do artigo 3º da Lei nº 8.078/1990 estabeleceu que bens imóveis são considerados produtos para os fins a que se destina o Código de Defesa do Consumidor.

Os adquirentes, por sua vez, figurariam na qualidade de consumidores por adquirirem o produto (bem imóvel) como destinatários finais. Usualmente<sup>61</sup> o contrato de incorporação imobiliária será enquadrado como de consumo, pois a maior parte dos adquirentes compra um imóvel em condomínio como destinatário final do produto, de modo que todos os princípios norteadores das relações de consumo incidem nos contratos de aquisição das unidades imobiliárias concretizadas pela incorporação imobiliária, primando-se pela proteção do adquirente vulnerável à atuação do incorporador.

Nesta medida, será nos contratos de promessa de compra e venda das unidades imobiliárias como coisa futura, nos contratos de promessa de compra e venda e nos

---

<sup>60</sup> Art. 3º da Lei 8.078/1990. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em 09 de setembro de 2012.

<sup>61</sup> Para se configurar uma relação de consumo, o adquirente das unidades habitacionais deverá adquiri-las como destinatário final do bem imóvel. A respeito do enquadramento da relação jurídica entre incorporador e adquirente como de consumo, Everaldo Augusto Cambler e Márcio Eduardo Riego Cots fazem a ressalva: “O que é importante perceber é que a relação jurídica de consumo não está afeta, exclusivamente, a uma situação objetiva (destinatário final fático), senão que envolve, também, uma direção subjetiva (de vulnerabilidade), determinável pela ligação dos sujeitos a essa situação.” CAMBLER, Everaldo Augusto; COTS, Márcio Eduardo Riego. **A Incorporação Imobiliária e o Código de Proteção ao Consumidor**. (in) Revista Autônoma de Direito Privado, Curitiba, n. 3, abr./jun. 2007. P.238. Vide nesse sentido também, MARQUES, Claudia Lima. Novas Regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. (in) MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P.87.

contratos de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária, que os princípios e regras consumeristas terão maior incidência.

Tanto na promessa de compra e venda quanto na promessa de compra e venda de coisa futura quando registrada no registro de imóveis, o adquirente recebe direito real oponível a terceiros sobre a unidade imobiliária, isto é, um direito de adquirir o imóvel em construção assim que concluir o pagamento do preço. O art. 32, §2º da Lei nº 4.591/1964 determina que este direito real oponível a terceiros do adquirente surgirá, quando o contrato de promessa de compra e venda for registrado no registro de imóveis<sup>62</sup>. Assim, ao adquirente surge um direito real de aquisição futura do imóvel quando satisfeita a condição de pagamento integral do preço, garantindo-lhe o direito de celebrar contrato definitivo de compra e venda da imóvel e de registro do direito de propriedade sobre o mesmo no registro de imóveis.

O direito real constituído por meio do registro de contrato de promessa de compra e venda no registro de imóveis é uma proteção aos adquirentes, porquanto poderão exigir do incorporador, após o pagamento integral do preço, o registro de seu direito de propriedade no registro de imóveis.

Note-se, no entanto, que os negócios jurídicos – instrumentos da incorporação imobiliária – são essencialmente regrados pela Lei nº 4.591/1964, a qual por sua especialidade dita o contorno, os parâmetros, regras e limitações às práticas comerciais envolvendo incorporações imobiliárias, e primando em última instância pela proteção do adquirente, parte vulnerável do contrato. Com isto, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor de forma alguma derogou o “regime jurídico especial do contrato de

---

62 “**Art. 32.** O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: (...)”

§ 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irrevogáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.” BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm). Acesso em 09 de setembro de 2012. Importante ressaltar aqui que em função da natureza do direito levado ao registro de imóveis trata-se de *registro* e não de *averbação*, como anteriormente era a redação utilizada no art. 4º, ‘b’ do Decreto-lei nº 58 de 10 de dezembro de 1937, na medida em que o registro consiste na “designação genérica que engloba inscrição e transcrição referidas nas leis civis”, e o a promessa de compra e venda constitui direito real de aquisição sobre a unidade imobiliária. CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 18ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P.364.

incorporação”<sup>63</sup>, devendo ser interpretado em conjunto com a Lei nº 4.591/1964, especialmente porque tais instrumentos legislativos se complementam e possuem os mesmos propósitos de proteção à parte mais fraca e vulnerável da relação obrigacional.

Ressalta-se, desta forma, o relevante papel do Código de Defesa do Consumidor na interpretação do contrato de compra e venda de unidades imobiliárias<sup>64</sup> decorrentes do processo de incorporação imobiliária especialmente por estabelecer condutas que deverão ser observadas e que deverão ser evitadas pelo fornecedor diante de um contrato de consumo, buscando em última medida, concretizar o princípio da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. A fim de ilustrar este entendimento, citam-se, como exemplos, os deveres de informação – que o fornecedor possui na redação do contrato, conforme art. 6, III da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) – o dever de lealdade, etc.

Melhim Namem Chalhub analisando a incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de incorporação imobiliária alerta que nem todas as normas e princípios contidos no sistema de proteção ao consumidor devem ser aplicados indiscriminadamente no contrato de incorporação imobiliária, pois deve ser adequada à relação de direito material subjacente.

A este respeito, o autor cita o direito de arrependimento do consumidor, previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, como um exemplo de direito inexistente aos consumidores- adquirentes do contrato de incorporação imobiliária, na medida em que “a eventualidade de desfazimento do contrato de incorporação mediante simples manifestação de arrependimento de algum contratante atinge a base do negócio e pode prejudicar a comunidade de adquirentes, na sua totalidade, sendo, por isso mesmo, incongruente com o sistema de proteção ao adquirente”<sup>65</sup>.

Assim, entende-se que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de incorporação imobiliária deve ser feita com parcimônia, a fim de verificar se o dispositivo consumerista a ser aplicado se coaduna às características próprias da

---

<sup>63</sup> CHALHUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. (in) **Revista de Direito Imobiliário**, v. 24, n. 50, jan./jun. 2001, p. 93.

<sup>64</sup> CHALHUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. (in) **Revista de Direito Imobiliário**, v. 24, n. 50, jan./jun. 2001, p. 109.

<sup>65</sup> CHALHUB, Melim Namem. O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. (in) **Revista de Direito Imobiliário**, v. 24, n. 50, jan./jun. 2001, p. 125.

incorporação imobiliária, evitando distorções na relação contratual entre incorporador e adquirente que levem à “disfunção do contrato”<sup>66</sup>.

Por fim, resta referir que usualmente o incorporador celebra mais contratos para promoção deste empreendimento imobiliário, como por exemplo, contratos de financiamento bancário, os quais possibilitam um maior fluxo de caixa ao incorporador para lidar com os distintos sujeitos envolvidos no projeto imobiliário, contrato com um agente imobiliário, que se responsabilizará pela publicidade e intermediação do contato entre incorporador e adquirentes, etc.

Em síntese, a compreensão da dinâmica contratual da incorporação imobiliária perpassa necessariamente pelo conceito de rede contratual de negócios jurídicos, haja vista que a complexidade da incorporação imobiliária não permite sua compreensão como um mero contrato típico bilateral, mas, ao contrário, como uma rede de negócios jurídicos finalisticamente coligados para consecução do escopo da incorporação imobiliária. Para além da análise estrutural da rede de contratos, a incorporação imobiliária é instrumentalizada por uma gama de contratos autônomos – contrato de promessa de compra e venda, contrato de mútuo bancário, contrato de construção, contrato de prestação de serviços arquitetônicos, etc. – os quais atraem diversos sujeitos para somar as sinergias necessárias na realização e conclusão do empreendimento imobiliário.

A fim de dar seguimento à análise das peculiaridades do contrato de incorporação imobiliária, passa-se à verificação das dificuldades práticas que a incorporação imobiliária encontrou no Brasil, especialmente após a entrada em vigor da Lei nº 10.931/2004 que alterou a Lei nº 4.591/1964.

## 2 ANÁLISE DOS RISCOS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

O risco é inerente a qualquer tipo de relação contratual. A questão que se põe é, todavia, estabelecer quais os riscos que determinado tipo contratual enseja a cada contratante, isto é: qual é, ou quais são o(s) risco(s) próprio(s) do negócio. Conforme definido por Nuno Aureliano, risco deve ser compreendido enquanto “sacrifício, dano potencial ou quantidade negativa patrimonial, que, em termos genéricos, se identifica com a

---

<sup>66</sup> CHALHUB, Melim Namem. O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. (in) **Revista de Direito Imobiliário**, v. 24, n. 50, jan./jun. 2001, p. 135.

eventualidade de uma situação jurídica desfavorável.”<sup>67</sup>. Em suma, o conceito de risco remonta a saber quais são as potencialidades de determinadas situações de fato relevantes, colocarem em desvantagem a situação do figurante, ocasionando dano.

Na incorporação imobiliária, percebem-se os riscos negociais como a principal causa de conflitos jurídicos entre os contratantes, sujeitos desta complexa estrutura contratual. A análise e determinação dos conflitos jurídicos decorrentes do inadimplemento contratual nas incorporações imobiliária, permite-nos analisar o risco e sua concretização na realidade prática no Direito brasileiro. Assim, pretende-se aqui focar a análise das situações de fato, nas quais seja o incorporador, sejam os adquirentes, sejam os financiadores, estejam potencialmente sacrificando seu patrimônio, tendo-se em vista uma possível situação jurídica desfavorável.

Com isto em vista, a abordagem dos riscos inerentes à incorporação imobiliária buscará definir quais são os problemas práticos que esta operação econômica enfrenta, para que então na segunda parte do presente estudo, na análise das garantias contratuais, seja focada a abordagem das possibilidades jurídicas encontradas, tanto no sistema jurídico brasileiro quanto no sistema jurídico alemão, de mitigação dos riscos que se pretende na presente parte definir. Assim, inicialmente serão tratados dos riscos suportados pelo incorporador, para então posteriormente serem abordados os riscos contratuais dos adquirentes.

## **2.1 Riscos do incorporador**

Como já se pode denotar a partir da conceituação e caracterização dos contratos que instrumentalizam a incorporação imobiliária, o incorporador é a figura chave desta atividade empresarial. Será ele quem arcará com toda a responsabilidade dos distintos e complexos negócios jurídicos da incorporação imobiliária; deverá mobilizar os fatores de produção necessários para a realização da construção da edificação coletiva, individualizar as unidades autônomas e vender antecipadamente as frações ideais do empreendimento aos adquirentes.

---

<sup>67</sup> AURELIANO, Nuno. **O Risco nos Contratos de Alienação**. Coimbra: Almedina, 2009. P.23.

Assim, por se tratar de uma atividade eminentemente empresarial, como acima já esclarecido, o empresário-incorporador será o responsável por liderar o negócio e realizar todas as providências necessárias para promover o desenvolvimento do projeto de construção de edificação coletiva.

O incorporador deverá elaborar ou promover a elaboração do projeto arquitetônico, o estudo do mercado imobiliário e probabilidade de venda das unidades imobiliárias do edifício em determinada localização, deverá realizar todos os atos exigidos pela lei para escriturar o empreendimento possibilitando sua comercialização, desenvolverá a convenção do condomínio, contratará os terceiros necessários para auxiliar com suas expertises na elaboração deste projeto, tudo isto em um plano inicial do projeto.

Após a definição do projeto de construção, o incorporador buscará ainda o financiamento necessário para dar início à execução da obra e registro do memorial de incorporação. Neste sentido, a figura do incorporador dentro da incorporação imobiliária, além de ser central, carrega diversas responsabilidades, possuindo natureza diversa de um simples corretor, mandatário ou administrador.

A este respeito Caio Mário da Silva Pereira pontua de forma bastante clara:

Tanto maior é a responsabilidade, e tanto mais pessoal é esse risco, quanto é certo que seu negócio de incorporação é lucrativo, e no comum é altamente lucrativo. Conseqüentemente, há de suportar os ônus do empreendimento e deve responder civilmente com seus bens, e ainda com a sua pessoa.<sup>68</sup>

Assim, percebe-se que em função da própria natureza da atividade e da centralização de toda a responsabilidade do empreendimento sob uma única figura, os riscos econômicos e jurídicos decorrentes de tal atividade são diversos. Os riscos econômicos decorrem do próprio mercado, da possibilidade de venda das unidades imobiliárias, da consecução de financiamento bancário, do preço que se pagará pela prestação de serviços arquitetônicos, etc. Já os riscos jurídicos suportados pelo incorporador decorrem, dentre outros fatores, da possibilidade de inadimplemento contratual pela contraparte.

---

<sup>68</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. P.245.

Ainda, há aqueles riscos que são inerentes à natureza da atividade negocial do incorporador, e riscos extraordinários, os quais terão tratamentos jurídicos absolutamente distintos. Neste sentido, a potencialidade de ocorrer algum sacrifício, dano potencial ou diminuição patrimonial decorrente da eventualidade de uma situação jurídica<sup>69</sup> ocorrer é inerente à atividade empresarial do incorporador.

O incorporador sofrerá com o risco econômico da variação de preços dentro do próprio mercado, de eventuais crises econômicas nacionais e internacionais, que possam alterar as condições de crédito bancário, da alteração do custo de material para construção da obra, da escassez no mercado de determinado produto necessário para a construção, da própria situação do mercado imobiliário em determinada região onde se pretende constituir o empreendimento<sup>70</sup>, pois havendo pouca procura o empreendimento tende a fracassar. E todos estes riscos apontados são inerentes à atividade negocial da incorporação imobiliária.

A este respeito Adalberto de Souza Pasqualotto observa:

De modo especial nos negócios, expomo-nos a riscos contratuais. De um lado, a possibilidade de que a contraparte não cumpra as obrigações assumidas conosco e, de outro, que sobrevenha a nós uma possibilidade impeditiva do cumprimento dos nossos deveres. Ou as prestações contratuais, apesar de cumpridas de boa-fé, no tempo e no lugar devidos, carregam ocultos vícios e defeitos que as tornam imprestáveis.<sup>71</sup>

A par dos diversos riscos econômicos decorrentes do mercado, o incorporador também estará sujeito às dificuldades de financiamento do empreendimento imobiliário. Veja-se que suas principais formas de captação de recursos se darão por meio de financiamento bancário e da venda antecipada das unidades imobiliárias a construir, de forma que o risco jurídico de eventual inadimplemento dos adquirentes ou dificuldade de venda das unidades desestabilizará o fluxo de caixa do incorporador. Eventualmente, esta

---

<sup>69</sup> AURELIANO, Nuno. **O Risco nos Contratos de Alienação**. Coimbra: Almedina, 2009. P.23.

<sup>70</sup> A este respeito Melhim Namem Chalhub analisa em seu parecer publicado na Revista dos Tribunais um caso, no qual o incorporador após um ano do lançamento à venda de um empreendimento imobiliário só conseguiu vender uma unidade imobiliária, o que frustrou o empreendimento de tal sorte que não apenas a insuficiência de fundos prejudicou o desenvolvimento do projeto, mas também a própria finalidade da edificação restou frustrada. CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária. Impossibilidade de realização. Resolução de promessa de compra e venda. Responsabilidade objetiva do incorporador. Critério da indenização ao promitente comprador. Propositura de ação de resolução antes da exigibilidade da prestação do incorporador. **Revista dos Tribunais**, Ano 95, V. 844, fev/2006, p. 99-119.

<sup>71</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. **Garantias no Direito das Obrigações**: um ensaio de sistematização. 2005. 262 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre, 2005. P. 15 e 16.

cadeia de eventos poderá inclusive acabar comprometendo sua estabilidade econômica e as finanças de outras incorporações imobiliárias, que também esteja promovendo.

Neste sentido, Melhim Namem Chalhub ressalta que muitas vezes o risco de mercado analisado pelos estudos prévio de viabilidade econômico-financeira do negócio, não consegue ser afastado de todo, em virtude da dificuldade do dimensionamento antecipado de todos os riscos envolvendo o negócio da incorporação imobiliária<sup>72</sup>, especialmente pelo fato de a incorporação imobiliária consistir em uma operação econômica de elevada complexidade, seja pela rede de contratos interligados, seja pelas relações internas e externas das obrigações contratuais de cada contratante e, ainda, por suas projeções transindividuais, em matéria urbanística e ambiental.

A incorporação imobiliária carregará riscos econômicos e jurídicos desde a sua fase inicial de projeção do empreendimento e cumprimento das exigências legais para registro da incorporação imobiliária no registro de imóveis, passando pela fase de captação de recursos advindos da economia popular, até a conclusão da obra. O empreendimento imobiliário depende do trabalho conjunto de diversos agentes e do financiamento de recursos advindos de distintas fontes, os quais em última medida podem prejudicar ou inviabilizar o empreendimento como um todo, caso não cumpram seus deveres contratuais.

Outro importante fator de risco do negócio de incorporação é o tempo de duração do contrato. O contrato de incorporação imobiliária por sua própria natureza é um contrato de execução continuada, o qual poderá estender-se por anos, estando, por isso, sujeito aos próprios riscos jurídicos do desenvolvimento da relação contratual no tempo.

Podemos concluir que a atividade do incorporador carregará tantos riscos próprios - isto é, atinentes à própria atividade - que será muito difícil de impedir que, em determinadas situações, tais dificuldades práticas e financeiras sejam passadas aos adquirentes.

Assim já percebia Caio Mario da Silva Pereira ao analisar o fenômeno da incorporação imobiliária comparativamente a uma sociedade empresária<sup>73</sup>, ao pontuar que

---

<sup>72</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária. Impossibilidade de realização. Resolução de promessa de compra e venda. Responsabilidade objetiva do incorporador. Critério da indenização ao promitente comprador. Propositura de ação de resolução antes da exigibilidade da prestação do incorporador. **Revista dos Tribunais**, Ano 95, V. 844, fev/2006, p. 100.

<sup>73</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 10. Ed. Rio de Janeiro:Forense, 1997. P. 244.

esta organização dos meios de produção, conta com a “participação social” dos adquirentes, os quais, ao adquirir suas unidades imobiliárias pagando parceladamente o preço de aquisição, contribuem e financiam o patrimônio deste negócio. Desta forma, havendo qualquer instabilidade econômica, crise financeira, inadimplemento de credores que afete o incorporador, e, conseqüentemente, o empreendimento imobiliário, adquirentes serão conseqüentemente atingidos.

Conclui-se, portanto, que o incorporador como figura cerne da incorporação imobiliária suporta naturalmente os riscos inerentes e extraordinários à atividade negocial desenvolvida. Os riscos suportados pelo incorporador são basicamente de ordem econômica e jurídica; aqueles de ordem econômica provem do risco do mercado imobiliário e os de ordem jurídica são oriundos do inadimplemento contratual dos demais contratantes envolvidos na incorporação imobiliária. Ocorre que os prejuízos concretizados ao incorporador pelos riscos do negócio, serão transpassados aos demais contratantes, haja vista a interligação finalística de cada negócio jurídico.

Em função desta característica peculiar da incorporação imobiliária, na qual os contratantes assemelham-se, em certa medida, a uma comunidade de interesses, revela-se especialmente importante analisarmos os riscos da operação econômica que são passados automaticamente aos adquirentes das unidades imobiliárias.

## **2.2 Riscos dos adquirentes e dos financiadores**

O risco suportado pelos adquirentes e financiadores é em grande medida o risco jurídico decorrente do inadimplemento contratual por parte do incorporador, seja por qualquer dos motivos econômicos ou financeiros que possam levá-lo ao descumprimento contratual. Em última medida serão os adquirentes – em determinados casos juntamente com bancos financiadores do empreendimento – os sujeitos desta rede contratual, que arcarão em última instância com o risco da operação econômica<sup>74</sup>. Conquanto as garantias contratuais usualmente dadas aos adquirentes e financiadores sejam distintas, os riscos da incorporação imobiliária decorrem da mesma circunstância: a eventualidade de inadimplemento contratual por parte do incorporador.

---

<sup>74</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.69.

A construção de um condomínio edilício envolve necessariamente grande aporte de recursos, os quais muitas vezes superam o próprio capital social da companhia incorporadora, fazendo-se, desta forma, imprescindível às incorporadoras a captação de recursos de terceiros para desenvolvimento do projeto de incorporação imobiliária.

Ocorre que na prática o incorporador adquire a função de gerir um patrimônio, normalmente de considerável monta, de terceiros, pois por mais que o próprio incorporador invista recursos próprios para iniciar o projeto, serão os adquirentes que financiarão o empreendimento como um todo.

Note-se que será o aporte financeiro dos adquirentes que garantirá os demais negócios jurídicos celebrados pelo incorporador para financiar o empreendimento imobiliário por intermédio de instituições financeiras ou companhia securitizadoras<sup>75</sup>.

Sob este aspecto, percebe-se o incorporador normalmente como um gestor de um patrimônio que juridicamente lhe pertence, mas de fato foi constituído por terceiros, em parte pelos adquirentes, em parte por eventuais instituições financeiras financiadoras. Por este motivo, serão os adquirentes que ao fim e ao cabo estarão atuando e investindo em um negócio de risco, sem muitas vezes nem saber as conseqüências jurídicas do contrato de compra e venda que celebram com o incorporador.

Tratando a respeito do risco do mercado imobiliário e da má administração do incorporador que afeta o empreendimento, a coletividade de adquirentes e financiadores do edifício a ser construído, Melhim Namem Chalhub esclarece:

Embora cada incorporação tenha objeto específico e orçamento próprio, este capaz de propiciar receitas suficientes para levar a cabo a incorporação, independente de outras fontes de receita, o certo é que elementos estranhos podem interferir na estruturação e no desenvolvimento físico e financeiro dos diversos empreendimentos de determinado incorporador e levar uma ou mais incorporações ao desequilíbrio e à frustração da finalidade social e econômica do contrato.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> A respeito do sistema de financiamento imobiliário, Christoph Fabian descreve a relação entre as instituições financeiras, companhias securitizadoras e o mercado financeiro: “A pessoa central desta forma de financiamento é a companhia securitizadora: ela compra créditos de instituições financeiras, principalmente bancos, e emite títulos mobiliários correspondentes aos créditos”. FABIAN, Christoph. **Fidúcia: Negócios Fiduciários e Relações Externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. P. 89. Note-se que os créditos adquiridos pelas companhias securitizadoras foram aqueles créditos imobiliários do incorporador perante os adquirentes que foram dados em garantia ao banco financiador do empreendimento imobiliário do incorporador, criando-se assim uma cadeia de financiadores e devedores.

<sup>76</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.67.

Diante deste breve cenário apontado, pode-se pontuar basicamente dois grandes problemas que permeiam a realização prática da incorporação imobiliária, quais sejam, o atraso na obra, e, a falência do incorporador com a consequente paralisação da construção do edifício.

A Lei nº 4.591/1964 previu em seu artigo 43, VI a possibilidade de os adquirentes acionarem em juízo a incorporadora exigindo uma tutela mandamental, a fim de conceder ao incorporador prazo para reiniciar a obra em caso de atraso injustificado por mais de 30 dias ou paralisação da obra. Desatendida a ordem judicial, poderão os adquirentes assumir o controle da obra, por meio da destituição do incorporador do encargo.

No entanto, na prática tal direito previsto aos adquirentes demonstra-se de difícil exercício, especialmente pelo fato de que o incorporador usualmente possui a propriedade sobre o imóvel<sup>77</sup>. De fato, os adquirentes possuem apenas contratos de promessa de compra e venda e registros no registro de imóveis das promessas de compra e venda das unidades imobiliárias, o que lhes garante tão somente direitos reais oponíveis a terceiros sobre as frações ideais transacionadas nos contratos<sup>78</sup>. Não possuem, portanto, qualquer poder de controle administrativo sobre a obra.

Conquanto por meio da comissão de representantes os adquirentes tenham certo poder de fiscalização sobre o trabalho do incorporador, de fato não possuem nenhum poder de decisão sobre a administração da obra. Neste sentido, em função do direito de propriedade do incorporador sobre todos os ativos do empreendimento imobiliário, torna-se muito difícil aos adquirentes e financiadores controlar a administração do incorporador e assumir um papel mais ativo na gestão do investimento realizado.

No que toca à falência do incorporador, as dificuldades práticas geradas à coletividade de envolvidos no empreendimento demonstram-se ainda maiores. Apesar de o artigo 43, III, da Lei nº 4.591/1964 garantir aos adquirentes privilégio especial dentre os credores da massa falida do incorporador, em caso de falência deste, os adquirentes ainda atrás de diversos credores do incorporador, por exemplo, os credores trabalhistas, fiscais, etc.

---

<sup>77</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.69.

<sup>78</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 10. Ed. Rio de Janeiro:Forense, 1997. P. 290, 291, 292.

As incorporações imobiliárias até, ao menos, o advento da Lei nº 10.931/2004 com a criação do patrimônio de afetação no negócio de incorporação imobiliária, sofriam com a insegurança jurídica ocasionada pelo transpasse de recursos oriundos de uma incorporação imobiliária a outra por parte do incorporador. Tal prática muitas vezes ocasionava um processo de inadimplemento contratual em cascata pelo incorporador, que deixava de adimplir em uma incorporação imobiliária, para suprir a necessidade urgente de crédito de outro empreendimento. Considerando ainda que todos os bens envolvendo cada incorporação fazem parte do patrimônio único do incorporador, tais manobras realizavam-se facilmente.

Assim, percebe-se que o grande problema prático da incorporação imobiliária acaba girando em torno da insegurança gerada pela detenção por parte do incorporador de todo o patrimônio do empreendimento imobiliário que se pretende construir. Não há qualquer segurança<sup>79</sup> de que, em caso de má administração, inadimplemento contratual ou em caso de falência do incorporador, a obra será continuada por outrem, salvaguardando-se com isso seus investimentos em tal empreendimento imobiliário.

Veja-se como exemplo o emblemático caso de falência da incorporadora Encol S/A - Engenharia, Comércio e Indústria, a qual foi ocasionada, dentre outros fatores, pela prática da companhia de sustentar um empreendimento a partir dos recursos provenientes de outro empreendimento. Conforme apontado pela Revista Veja<sup>80</sup> em 1997, a Encol não sofreu nenhuma crise econômica nacional ou internacional, teve simplesmente uma má administração, baseada especialmente na alocação de verbas auferidas com um empreendimento em outro empreendimento, o que foi chamado pela revista de “pirâmide da Albânia”<sup>81</sup>.

O caso Encol chamou a atenção da sociedade no final da década de 1990, em virtude especialmente do grande prejuízo que sua quebra trouxe ao mercado imobiliário

---

<sup>79</sup> Esclarece-se que as garantias jurídicas apresentadas na segunda parte deste trabalho buscam demonstrar as soluções encontradas pelo Direito brasileiro e pelo Direito alemão para mitigar o risco ocasionado pela permanência no patrimônio do incorporador da integralidade de valores obtidos para a incorporação imobiliária.

<sup>80</sup> JÚNIOR, Policarpo, PATURY, Felipe, SIMONETTI, Eliana. A Usina de falcruas da Encol. **Revista Veja**, v.30, p. 26-33, ago/1997. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/183652>, acesso em 20 de setembro de 2012.

<sup>81</sup> JÚNIOR, Policarpo, PATURY, Felipe, SIMONETTI, Eliana. A Usina de falcruas da Encol. **Revista Veja**, v.30, p. 26-33, ago/1997. P. 32. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/183652>, acesso em 20 de setembro de 2012.

brasileiro, deixando não apenas 42.000 famílias sem seus imóveis, mas também diversas instituições financeiras sem qualquer retorno dos grandes investimentos que haviam feito.

Melhim Namem Chalhub ressalta um aspecto relevante do caso Costa Verde – movido contra a massa falida da incorporadora Encol pelos adquirentes do condomínio do empreendimento Costa Verde do Rio de Janeiro – no qual os condôminos “requereram no juízo da falência a transferência, para os condôminos, das unidades do ‘estoque’ da incorporadora falida, bem como das unidades dos condôminos que não tivessem aderido ao programa de obras aprovado nas assembleias gerais”<sup>82</sup>.

Não havia no caso Costa Verde afetação patrimonial do empreendimento objeto de discussão – até mesmo porque naquele momento não estava em vigor a Lei nº 10.931/2004. No entanto, foi decidido que a comissão de representantes dos adquirentes sub-rogar-se-ia nos direitos que a falida Encol possuía sobre o terreno aonde seria construído o empreendimento, podendo a partir de então indicar nova incorporadora ou construtora para concluir a obra. Aqueles adquirentes que não quisessem aderir ao grupo poderiam permanecer credores da massa falida da Encol, de modo que o direito que possuíam sobre as unidades imobiliárias seriam substituídos pelo respectivo crédito frente à massa falida.

No julgado do caso Costa Verde pelo Superior Tribunal de Justiça ("STJ") no Recurso Especial nº 1.115.650<sup>83</sup>, percebe-se a aceitação desta construção jurisprudencial feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A ação julgada pelo STJ foi movida por adquirentes do condomínio do empreendimento Costa Verde contra a incorporadora que assumiu a construção do empreendimento. Buscou-se rescindir o contrato de compra e venda das unidades imobiliárias do empreendimento e receber a correspondente indenização pelo descumprimento contratual da falida Encol. No entanto,

---

<sup>82</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P.73.

<sup>83</sup>“PROCESSUAL CIVIL E IMOBILIÁRIO. INCORPORAÇÃO. FALÊNCIA ENCOL. TÉRMINO DO EMPREENDIMENTO. COMISSÃO FORMADA POR ADQUIRENTES DE UNIDADES. CONTRATAÇÃO DE NOVA INCORPORADORA. POSSIBILIDADE. SUB-ROGAÇÃO DA NOVA INCORPORADORA NOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA ENCOL. INEXISTÊNCIA. SISTEMÁTICA ANTERIOR ÀS ALTERAÇÕES IMPOSTAS À LEI Nº 4.591/64 PELA LEI Nº 10.931/04. (...). 3. Apesar de o legislador não excluir o direito de qualquer adquirente pedir individualmente a rescisão do contrato e o pagamento de indenização frente ao inadimplemento do incorporador, o espírito da Lei nº 4.591/64 se volta claramente para o interesse coletivo da incorporação, tanto que seus arts. 43, III e VI, e 49, autorizam, em caso de mora ou falência do incorporador, que a administração do empreendimento seja assumida por comissão formada por adquirentes das unidades, cujas decisões, tomadas em assembleia, serão soberanas e vincularão a minoria. 4. Recurso especial provido.”(REsp 1115605/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 18/04/2011) (grifo meu)

veja-se que tais adquirentes haviam optado por não aderir à comissão de representantes dos adquirentes do condomínio do empreendimento Costa Verde, substituindo seu direito sobre uma unidade imobiliária do condomínio por créditos frente à massa falida da incorporadora Encol.

No referido julgamento, o STJ deu razão à incorporadora, ao entender que a mesma não se sub-rogou nos direitos que a falida Encol possuía sob o empreendimento Costa Verde. Neste sentido, o STJ pontuou os seguintes aspectos do caso que demonstram a construção judicial formada à época para proteger a coletividade de adquirentes:

Verifica-se, pois, a existência de duas relações jurídicas absolutamente distintas: a primeira entre a Encol e os adquirentes originários de unidades do empreendimento “Costa Verde”; e a segunda entre a comissão de representantes desse empreendimento e a recorrente. Note-se, por oportuno, que a recorrente jamais entabulou qualquer contrato com a Encol ou a sua massa falida, tendo negociado diretamente com a comissão, que, amparada por decisão judicial, repassou à incorporadora as unidades estoque e as unidades dos não aderentes, como pagamento pela conclusão das obras. Quanto à primeira relação jurídica – entre os adquirentes originários e a Encol –, cumpre frisar que, com a falência, essa relação se desdobrou em duas. Os que aderiram à comissão mantiveram seu direito sobre a unidade adquirida frente à Encol e puderam se beneficiar do produto da alienação das unidades estoque e das unidades dos não aderentes. Os que não aderiram à comissão, por sua vez, perderam o direito sobre a unidade adquirida frente à Encol, ficando com um crédito correspondente aos valores pagos, a ser habilitado na falência.<sup>84</sup>

Diante da falência de uma das maiores incorporadoras do Brasil, o Poder Judiciário assumiu o papel de ponderar a solução mais justa e adequada à coletividade de prejudicados com a quebra da incorporadora Encol. A decisão autorizou que os adquirentes e financiadores do empreendimento administrassem e dessem andamento à construção de um empreendimento imobiliário surgido essencialmente a partir de seus investimentos ao longo de anos na construção.

A decisão judicial buscou atingir os mesmos efeitos jurídicos que o instituto da afetação patrimonial, atualmente regulada pela Lei nº 4.591/196, após sua alteração pela Lei nº 10.931/2004, visa. O reconhecimento de direito de propriedade do empreendimento aos adquirentes credores da incorporadora falida demonstra este entendimento. Por meio de

---

<sup>84</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.115.650. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2011.

uma criação jurisprudencial criou-se uma solução, para que o investimento dos adquirentes não fosse perdido, em função da falência da incorporadora.

Outro caso de grande repercussão, este limitado basicamente ao estado do Rio Grande do Sul, foi a falência da incorporadora Marsiaj Oliveira Incorporações Imobiliárias Ltda., decretada em 19 de agosto de 1998<sup>85</sup>, ocasionando grandes prejuízos aos seus credores. No âmbito desta falência, um adquirente de uma unidade imobiliária do empreendimento condomínio edifício “Piazza Navona Flat Service” moveu uma ação<sup>86</sup> contra a massa falida da incorporadora Marsiaj, buscando receber a escritura do imóvel residencial que havia adquirido por meio de contrato de promessa de compra e venda. O requerente já havia inclusive quitado a integralidade do valor da imóvel, mas a incorporadora resistia em outorgar-lhe a escritura do imóvel. Ademais, foi pleiteada a transferência da propriedade imobiliária sem ônus hipotecário - pois o referido imóvel estava onerado com hipoteca em favor de determinado banco credor da falida Marsiaj.

Conquanto o banco credor tenha se oposto à outorga da escritura sem o ônus hipotecário, o juiz de direito Luiz Carlos Gay Serpa Daiello julgou procedente o pedido do adquirente para determinar fosse outorgada a escritura pública do imóvel construído pela incorporadora falida, sem qualquer ônus hipotecário, com base no artigo 43 do Decreto- Lei nº 7.661 de 21 de junho de 1945 (“Antiga Lei de Falências”)<sup>87</sup> e nas normas que regem o Sistema Financeiro de Habitação.

O que se mostra relevante ressaltar da argumentação trazida na decisão do caso Piazza Navona é a forma de avaliar a situação do credor real hipotecário diante da falência do incorporador, em um sistema no qual não havia previsão legal para a constituição de afetação patrimonial do empreendimento imobiliário. Em virtude do cumprimento das obrigações de ambos os contratantes – adquirente com o pagamento integral do preço, e incorporadora falida com a construção do condomínio edilício – a transferência de

---

<sup>85</sup> Conforme informação veiculada no Acórdão do Recurso de Apelação nº 70025179458, no qual os antigos sócios da falida Marsiaj Oliveira Incorporações Imobiliárias Ltda. movem ação indenizatória frente ao Banco Mercantil de Crédito S.A., em função da negativa de anuência do banco credor hipotecário quanto a um empreendimento que a falida pretendia realizar, acusando o referido banco de causar a falência da incorporadora.

<sup>86</sup> REVISTA SENTENÇA. AJURIS, V. 4, Ano 2000, dez/2000, Porto Alegre, pág. 193-201. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/attachments/article/39/Revista%20Sentenca%204.pdf> . Acesso em: 23 de setembro de 2012.

<sup>87</sup> Na Lei nº 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 (Atual Lei de Falências), o dispositivo citado encontra-se no artigo 117.

propriedade do imóvel pelo registro imobiliário é um direito do adquirente. A exclusão do ônus hipotecário sobre determinada unidade imobiliária não irá prejudicar o banco credor, pois o banco possui um direito de crédito e de preferência no recebimento de seu crédito diante da massa falida, mas não direito sobre determinado bem da massa falida. Assim, o credor hipotecário não pode se insurgir contra a pretensão do adquirente de receber o imóvel livre de quaisquer ônus.

Veja-se a argumentação utilizada pelo emérito julgador para esclarecer que o bem hipotecado não poderia ser reservado unicamente aos credores com garantia real sobre o imóvel:

A circunstância, pois, de haver hipoteca a garantir determinado crédito antes da falência, não exclui o bem hipotecado da massa falida, destacando-o do todo e colocando-o ao dispor de apenas um dos credores. O bem será normalmente arrecadado, entretanto, para a massa que fará sua administração da forma mais conveniente a atender os direitos e interesses de todos os credores, não só do hipotecário.<sup>88</sup>

Por fim, cita-se outro caso interessante envolvendo a falência da incorporadora Marsiaj, que revela a unidade dos adquirentes em caso de falência da incorporadora, utilizando-se de importantes mecanismos protetivos previstos na Lei nº 4.591/1964. No caso Piazza D'Ampezzo, os adquirentes de imóveis do condomínio edifício Piazza D'Ampezzo uniram-se em assembleia geral e decidiram assumir a administração da obra, utilizando-se da prerrogativa do artigo 43, III da Lei nº 4.591/1964, conforme se denota da decisão em recurso de apelação nº 70003300423<sup>89</sup>.

Nessa situação, em virtude da ausência de afetação patrimonial da incorporação imobiliária, foi preciso que a decisão dos adquirentes em assembleia geral fosse analisada e validada pelo juízo falimentar. Foi, assim, transacionado “com a Massa, visando à

---

<sup>88</sup> REVISTA SENTENÇA. AJURIS, V. 4, Ano 2000, dez/2000, Porto Alegre, pág. 194. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/attachments/article/39/Revista%20Sentenca%204.pdf>. Acesso em: 23 de setembro de 2012.

<sup>89</sup> A referida decisão refere-se a uma ação movida por dois dos adquirentes do Condomínio edifício Piazza D'Ampezzo, os quais buscavam celebrar acordo com os demais adquirentes de unidades do projetado edifício Piazza D'Ampezzo unidos para dar continuidade à obra, no sentido de permutar os créditos habilitados na falência ou pendentes de julgamento, pelas frações ideais do terreno sobre o qual seria edificado o edifício projetado. A ação foi julgada improcedente e confirmada em grau de recurso de apelação, em virtude da ilegitimidade ativa e impossibilidade jurídica do pedido feito por tão somente dois adquirentes de unidades imobiliárias do condomínio, considerando que a legislação garante tal prerrogativa tão somente à coletividade de adquirentes. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70003300423, Relator: Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, 2002.

‘compensação dos créditos habilitados à falência ou pendentes de decisões judiciais, com o fim de prosseguir a construção do edifício Piazza D’Ampezzo, sob o regime de administração a preço de custo’”<sup>90</sup>. Com o advento da Lei nº 10.931/2004, e havendo afetação patrimonial sobre o empreendimento imobiliário, todo o patrimônio do condomínio em construção nem mesmo poderia ser integrado à massa falida, conforme se denota do artigo 31-F da Lei nº 4.591/1964.

Por fim, traz-se para ilustrar o avanço no entendimento jurisprudencial e legislativo o caso Dom Gabriel, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no recurso de apelação nº 2010.051690-6. Neste julgado é discutida a ação movida por um adquirente contra a comissão de representantes do condomínio edifício residencial Dom Gabriel, a qual assumiu o controle da obra após o abandono da construção pela incorporadora CC Empreendimentos Ltda., com sua posterior falência<sup>91</sup>.

No referido julgado proferido em 04 de outubro de 2010, seis anos após o advento da Lei nº 10.931/2004, percebe-se que não é mais discutido o direito dos adquirentes sobre a propriedade imobiliária, na qual se constrói o empreendimento imobiliário. O avanço é relevante e na prática garante aos adquirentes uma segurança muito maior.

No entanto, não se pode negar que a organização por parte dos adquirentes pela comissão de representantes para assumirem a administração da obra, acaba sendo bastante burocrática e muitas vezes extremamente demorada. Pode-se perceber que tal medida só é tomada em situações extremas, como no caso da falência do incorporador, pois não só o encargo de dirigir e coordenar à obra pertence ao incorporador, mas também o direito real ou obrigacional sobre o terreno.

---

<sup>90</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 70003300423, Relator: Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, 2002. P.4.

<sup>91</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Recurso de Apelação nº 2010.051690-6, Relator: Des. Fernando Carioni, 2010. “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS E PERDAS E DANOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA CITAÇÃO E AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. PRELIMINARES AFASTADAS. CONDOMÍNIO EDILÍCIO EM CONSTRUÇÃO. AQUISIÇÃO DE APARTAMENTO. OBRA ABANDONADA PELA INCORPORADORA. ASSEMBLEIA GERAL. DESTITUIÇÃO DA CONSTRUTORA PELOS CONDÔMINOS. COMISSÃO DE REPRESENTANTES DO CONDOMÍNIO. RESPONSABILIDADE. SUB-ROGAÇÃO. EXPROPRIAÇÃO DE UNIDADES HABITACIONAIS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (...). Em se tratando de construção em regime de administração de preço de custo, o condomínio e a respectiva comissão de representantes são responsáveis pela expropriação das unidades habitacionais feita sem o devido processo legal.” (Recurso de Apelação nº 2010.051690-6, Rel. Des. Fernando Carioni. Terceira Câmara de Direito Civil, julgado em 04/10/2010)

Por mais que a legislação tenha regulado o instituto da afetação patrimonial e os poderes que os adquirentes possuem como coletividade, por meio da comissão de representantes e assembleia geral, ainda assim tal processo é bastante burocrático e poderá ocasionar diversas discussões judiciais que prejudiquem, atrasem e tornem inseguras as incorporações imobiliárias.

Neste mesmo sentido Mauro Antônio Rocha, ao fazer apontamentos sobre o regime da afetação patrimonial, ressalta que mesmo não sendo o patrimônio de afetação direcionado à massa falida, a universalidade de credores do falido “sofrerá todos os seus efeitos, a iniciar pela paralisação temporária ou definitiva das obras e a culminar pela inevitável desvalorização dos bens e direitos que o compõe.”<sup>92</sup>

Em síntese, os riscos dos adquirentes e financiadores, na qualidade de principais credores do incorporador, decorrem diretamente da gestão pelo incorporador dos riscos ordinários e extraordinários que afetam a incorporação imobiliária. Neste sentido, os adquirentes e financiadores suportam o risco jurídico do negócio, face à possibilidade de inadimplemento contratual ou falência do incorporador.

Percebe-se que a incorporação imobiliária como atividade comercial está eivada de riscos jurídicos e econômicos, riscos inerentes à natureza da atividade e riscos extraordinários, os quais em primeira instância são suportados pelo incorporador, usualmente um empresário<sup>93</sup> que lidera e exercita tal atividade comercial, mas que serão necessariamente também suportados pelos demais sujeitos envolvidos nesta complexa rede contratual. Relembra-se aqui o conceito de risco como a eventualidade ou potencialidade de uma situação jurídica desfavorável se concretizar ocasionando prejuízos aos sujeitos envolvidos nesta situação jurídica<sup>94</sup>, para então concluir que todos os sujeitos envolvidos nesta complexa rede contratual estarão sujeitos aos riscos jurídicos, econômicos, inerentes à natureza do negócio, e extraordinários da incorporação imobiliária.

---

<sup>92</sup> ROCHA, Mauro Antônio. O Regime da Afetação Patrimonial na Incorporação Imobiliária – Uma visão Crítica da Lei. **Revista de Direito Imobiliário**, Ano 28, Nº 59, Jul/dez/2005. P.159.

<sup>93</sup> Toma-se o cuidado aqui em não generalizar afirmando que o incorporador necessariamente será um empresário, pois a legislação brasileira não exige que o mesmo seja um empresário para exercer tal atividade. No entanto, especialmente em virtude da complexidade de tal atividade comercial, percebe-se que normalmente os incorporadores são sociedades empresárias.

<sup>94</sup> AURELIANO, Nuno. **O Risco nos Contratos de Alienação**. Coimbra: Almedina, 2009. P. 23.

A mitigação dos diversos riscos da incorporação imobiliária se dará juridicamente por meio da inserção de garantias nos contratos celebrados para concretização da incorporação imobiliária.

Chega-se, assim, ao tema das garantias contratuais usualmente utilizadas nos contratos de incorporação imobiliária. Na Segunda Parte, a seguir desenvolvida, se questionará quais riscos do negócio são diminuídos com a sua utilização, averiguando-se se, mesmo com a pactuação de garantias, remanesceria ainda certa insegurança juridicamente solucionável ao negócio da incorporação imobiliária. Para tanto, ao final, por meio do método comparatista será mencionado o contrato de incorporação imobiliária no Direito alemão (*Bauträgervertrag*), para o fim especial e limitado de verificar como o sistema jurídico germânico solucionou ou minimizou os riscos inerentes à operação econômica da incorporação imobiliária.

## II GARANTIAS COMO FORMA DE MITIGAÇÃO DO RISCO DE UMA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

É até mesmo um lugar comum afirmar que não há contrato sem riscos. Como acabamos de ver, a incorporação imobiliária é eivada de riscos próprios a essa atividade econômica, além dos riscos extraordinários que podem advir. Normalmente, o risco surge em função da concessão de crédito, o qual, na incorporação imobiliária, se dá todos os negócios jurídicos<sup>95</sup>. Como bem define o jurista português L. Miguel Pestana de Vasconcelos: “(...) o termo crédito aparece aqui em dois sentidos. Como modalidade de direito subjectivo (direito de crédito) ou como um defasamento temporal entre prestação e contraprestação.”<sup>96</sup>

Neste sentido, nesta parte do estudo mostrar-se-á as garantias como forma de mitigação dos riscos próprios da incorporação imobiliária – risco como direito de crédito e risco como defasamento entre prestação e contraprestação – as quais buscam em última medida outorgar aos credores de cada negócio jurídico uma segurança de que o crédito concedido estará assegurado por determinados bens, patrimônio ou na figura de um garantidor<sup>97</sup>, a fim de proteger o credor de eventual risco de inadimplemento contratual, insolvência ou falência do devedor principal.

Adalberto Pasqualotto, analisando as garantias contratuais, esclarece que as garantias somente existem em função do interesse legítimo do indivíduo combinado com os riscos negociais. Assim, “uma garantia impõe-se na medida em que um interesse legítimo seja passível de diminuição ou perda”<sup>98</sup>. O comportamento humano, em última medida

---

<sup>95</sup> O adquirente concede crédito ao incorporador ao adiantar-lhe o pagamento do preço, o incorporador concede crédito ao construtor ao adiantar-lhe o pagamento da empreitada, o banco concede crédito ao incorporador ao financiar o empreendimento imobiliário, etc.

<sup>96</sup> VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 49.

<sup>97</sup> L. Miguel Pestana de Vasconcellos a respeito das garantias no contexto econômico afirma que a outorga de garantia aos credores é essencial para que na prática ocorram as transações comerciais, na medida em que os devedores que não possuem um patrimônio tão sólido não iriam receber crédito na ausência de qualquer garantia prestada ao credor; nesta linha de raciocínio a falta de garantias no mercado econômico levaria à diminuição das transações e ao aumento de custo das mesmas, de modo que “as garantias, ligadas como estão ao crédito, aparecem desta forma no centro da economia.” VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 50.

<sup>98</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. **Garantias no Direito das Obrigações**: um ensaio de sistematização. 2005. 262 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre, 2005. P. 9.

será direcionado em função dos riscos sociais, econômicos, negociais, pois se arriscar é próprio do humano, o acautelar-se também o é. Neste sentido, segundo Pasqualotto, as garantias, de modo geral, caracterizam-se “como remédios jurídicos adequados à prevenção dos riscos. A garantia constitui-se em uma expectativa substitutiva para o caso de fracasso ou frustração de uma expectativa originária”<sup>99</sup>.

No caso da incorporação imobiliária, como se viu, por ser uma operação econômica de relevante complexidade, na qual o principal devedor – o incorporador – obriga-se perante uma pluralidade de sujeitos formando contratos coligados, percebe-se a necessidade de prestação de garantia aos credores. A garantia consiste, sob esta análise, na segurança de que a construção do empreendimento será concluída, sem (ou com menores) prejuízos decorrentes de inadimplemento contratual ou falência do incorporador.

Ademais, não basta aos credores que seja prestada tão somente uma garantia ao cumprimento das obrigações do devedor, é necessário também que se preste uma garantia eficaz, de fácil constituição e que funcione de forma rápida e pouco onerosa<sup>100</sup>.

Com o escopo de verificar a funcionalidade e eficácia das garantias utilizadas na prática negocial dos contratos coligados, instrumentos da incorporação imobiliária, será abordado neste capítulo, utilizando-se o método comparatista de análise, as garantias contratuais utilizadas no sistema jurídico brasileiro e alemão na operação econômica da incorporação imobiliária.

Assim, no primeiro momento serão pontuadas as principais garantias utilizadas no sistema jurídico brasileiro, fazendo-se as distinções conceituais de cada tipo trazido à análise, para então, em um segundo momento, fazer-se uma breve análise da regulação no sistema alemão do “Contrato do Incorporador<sup>101</sup>” (*Bauträgervertrag*), cujo escopo assemelha-se à incorporação imobiliária no sistema brasileiro, a fim de analisar a garantia legal prevista pelo sistema germânico para garantia das obrigações do incorporador perante os adquirentes.

---

<sup>99</sup> PASQUALOTTO, Adalberto. **Garantias no Direito das Obrigações**: um ensaio de sistematização. 2005. 262 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre, 2005. P. 18.

<sup>100</sup> VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 51.

<sup>101</sup> Tradução livre de *Bauträgervertrag*.

## 1 AS GARANTIAS CONTRATUAIS UTILIZADAS NO BRASIL NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS

Na presente seção busca-se fazer a distinção conceitual<sup>102</sup> das garantias mais utilizadas no sistema jurídico brasileiro nos negócios jurídicos formadores da incorporação imobiliária, utilizando-se da classificação proposta por Luís Miguel Pestana Vasconcelos<sup>103</sup> e Luís Manoel Menezes Leitão<sup>104</sup>, para melhor compreensão do escopo de cada tipo de garantia e das suas diferentes funcionalidades. A referida classificação, que a seguir se examinará, foi escolhida a partir do critério do tipo de segurança que cada garantia poderá oferecer ao credor, isto é, diferenciar-se-ão os deveres de prestação protegidos por meio de cada garantia contratual.

Neste sentido, inicia-se esta análise por meio da diferenciação da classificação das garantias adotada pela doutrina tradicional<sup>105</sup> daquela proposta pelos autores portugueses antes nomeados<sup>106</sup>, já que, neste tema, a doutrina brasileira é praticamente omissa e, quando se pronuncia, continua a seguir a distinção tradicional que divide as garantias especiais em garantias reais e garantias pessoais. Diferentemente, Menezes Leitão e Pestana Vasconcelos propõem uma divisão mais detalhada das garantias especiais<sup>107</sup>, ao nosso modo de ver também de valia para o Direito brasileiro, desde que feitas as necessárias adaptações pontuais. É que, embora o Código Civil siga aquela divisão binária tradicional, a realidade

---

<sup>102</sup> Segundo Lalande, “Classificar é distribuir objetos em conjuntos parciais coordenados e subordinados ou ordenar conceitos entre si, segundo relações de gênero com a espécie, do todo com a parte, etc.”. LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. Trad. Fátima Sá Correia *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 1999. *Apud* PASQUALOTTO, Adalberto. **Garantias no Direito das Obrigações**: um ensaio de sistematização. 2005. 262 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre, 2005. P. 58.

<sup>103</sup> VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010.

<sup>104</sup> LEITÃO, Luís Manoel de Menezes. **Garantia das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2006.

<sup>105</sup> Como observa Luís Miguel Pestana Vasconcelos, a doutrina clássica portuguesa, como Paulo Cunha, João de Castro Menezes, Mário Júlio de Almeida Costa, João Antunes Varela, entre outros, divide as garantias especiais entre garantias pessoais e garantias reais. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 53 e ss.

<sup>106</sup> Vide a classificação proposta por Pierre Crocq apresentada na obra de Menezes Leitão. LEITÃO, Luís Manoel de Menezes. **Garantia das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2006. P. 22.; Vide exemplos de autores que propõe classificações mais abrangentes daquela usualmente adotada pela doutrina tradicional em nota de rodapé nº 145 na obra *Direito das Garantias* de Pestana Vasconcelos. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 54, Nota de Rodapé n. 145.

<sup>107</sup> As garantias especiais contrapõem-se às garantias gerais, as quais consistem no conjunto de bens formadores do patrimônio do devedor. No Direito brasileiro infere-se do artigo 391 do Código Civil o referido direito de garantia geral a todos os credores do devedor. Por não ser objeto de análise do presente estudo, optou-se pela análise tão somente de algumas garantias especiais.

prática é mais rica que a lei e muitas são as "novas garantias" atípicas, mas efetivamente vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Os mencionados autores portugueses buscam qualificar com maior precisão as novas garantias criadas pela prática comercial, agregando à distinção binária outras espécies (Menezes Leitão) ou propondo nova distinção binária (Pestana de Vasconcelos). Para Menezes Leitão seis (6) seriam as espécies: garantias pessoais, garantias reais, a utilização da propriedade como garantia, garantias especiais sobre universalidades, garantias especiais sobre direitos e garantias especiais atípicas<sup>108</sup>. Já Pestana Vasconcelos divide-as entre garantias de reforço quantitativo e garantias de reforço qualitativo<sup>109</sup>, propondo distinção que merece ser mais bem esclarecida.

As garantias de reforço quantitativo seriam aquelas que proporcionam um aumento da quantidade de bens disponíveis ao credor como forma de garantia. Normalmente neste tipo de garantia enquadram-se também as garantias classificadas pela doutrina tradicional de garantias pessoais, na medida em que são estas que proporcionam aos credores segurança por meio da garantia de um patrimônio de terceiro – o garantidor. Como exemplos, cita-se a fiança, a garantia autônoma, aval, etc<sup>110</sup>. Por outro lado, as garantias de reforço qualitativo visam a garantir a obrigação assumida por meio de determinado bem, dando a determinado credor preferência em relação aos seus demais credores sobre um bem específico. Traz-se, como exemplos, a hipoteca, a alienação fiduciária em garantia, a reserva de propriedade, a consignação de rendimentos, a afetação patrimonial, etc.

Consideradas as garantias de reforço qualitativo, Luís Miguel Pestana Vasconcelos propõe ainda uma subdivisão, na qual diferencia garantias eminentemente reais de garantias que outorgam a titularidade de direitos sobre determinado bem<sup>111</sup>. As garantias reais reservam ao credor um direito real oponível a terceiros, de modo que a segurança trazida por meio de tal garantia real seguirá o bem, mesmo em caso de alienação do mesmo à terceiro. Por outro lado, a titularidade de um direito como garantia visa conferir direito de crédito ou de propriedade sobre determinado bem.

---

<sup>108</sup> LEITÃO, Luís Manoel de Menezes. **Garantia das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2006. P. 22 e 23.

<sup>109</sup> VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 58 e ss.

<sup>110</sup> VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 58, 59.

<sup>111</sup> VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 60, 61.

A classificação de Menezes Leitão e a classificação de Pestana Vasconcelos se assemelham ao dividir as garantias especiais basicamente entre as pessoais, as reais e entre outras classes onde se incluem aquelas figuras que desempenham uma função de garantia, como por exemplo, para Menezes Leitão, as garantias especiais sobre direitos e as garantias especiais sobre universalidades, e, para Pestana Vasconcelos o recurso à titularidade de um direito com função de garantia. O esquema parece interessante para qualificar e apontar as diferenças fundamentais entre as garantias mais utilizadas na prática da incorporação imobiliária e que ora serão apresentadas.

Neste sentido, abordar-se-á a seguir na subseção relativa às garantias especiais reais a hipoteca, e na subseção referente à titularidade de um direito com função de garantia, a alienação fiduciária em garantia, a cessão de créditos em garantia e a afetação patrimonial. Em cada espécie buscar-se-á analisar as características fundamentais que ocasionam seu surgimento no negócio jurídico, isto é, o interesse legítimo ameaçado e o risco negocial, a fim de demonstrar a aplicabilidade de cada instituto apresentado na realidade prática comercial da incorporação imobiliária.

Importa referir que há outras garantias pessoais<sup>112</sup> (ou de reforço quantitativo) que poderiam perfeitamente ser utilizadas como instrumento de segurança aos adquirentes no negócio jurídico celebrado com o incorporador. No entanto, a análise que se pretende na presente seção restringir-se-á ao estudo daquelas garantias contratuais mais utilizadas na prática comercial no Brasil. A este respeito, denota-se relevante frisar que a Lei nº 9.514 de 20 de novembro de 1997, além de introduzir no ordenamento brasileiro a afetação patrimonial como forma de garantia nas operações de incorporação imobiliária, lista como garantias gerais das operações de financiamento imobiliário a hipoteca, a alienação fiduciária, a cessão de créditos e caução de direitos creditórios, os quais serão devidamente abordados nas subseções seguintes.

---

<sup>112</sup> Por exemplo, a fiança, a garantia autônoma ou o seguro-caução, os quais, cada qual com sua particularidade, em última medida visam a assegurar uma indenização ao credor por meio um terceiro garantidor, em virtude de mora ou inadimplemento contratual pelo devedor. Neste sentido, destaca-se que tal garantia pessoal é adotada por outros sistemas jurídicos, como o sistema jurídico alemão, como se verá na próxima seção deste estudo. A respeito destas classes de garantias vide: VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010; LEITÃO, Luís Manoel de Menezes. **Garantia das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2006.

## 1.1 Garantia real - Hipoteca

A hipoteca como direito real de garantia típico do mercado habitacional possui um importante papel na incorporação imobiliária. É usualmente utilizada tanto pelo incorporador na sua relação contratual com seu banco financiador, quanto pelos adquirentes quando necessitam de financiamento bancário para aquisição do imóvel a ser construído. Segundo Melhim Namem Chalhub:

Nas incorporações imobiliárias, é comum a contratação de hipoteca para garantia de financiamento destinado à construção do edifício, sendo usual, também, sua constituição para garantia de mútuo concedido para aquisição de imóvel. No primeiro caso, o incorporador tendo tomado financiamento para construir o edifício, constitui em favor da entidade financeira a hipoteca do terreno objeto da incorporação, sendo certo que a garantia abrangerá o terreno e as acessões que a ele se vincularem, que constituirão o edifício e as suas unidades imobiliárias autônomas; (...). No segundo caso, para garantia do empréstimo que tiver tomado para adquirir um imóvel, o adquirente constitui hipoteca sobre este imóvel, em favor da entidade mutuante.<sup>113</sup>

No caso do incorporador, o imóvel sobre o qual será levantado o empreendimento junto com suas acessões será a garantia mais usual oferecida ao banco financiador da incorporação imobiliária. Configura-se como um direito de preferência sobre determinado bem imóvel do devedor ou de terceiro. Normalmente é acordada no próprio contrato de mútuo bancário, entretanto, sua eficácia jurídica somente se dará quando a hipoteca for registrada junto ao registro do imóvel dado em garantia. A hipoteca, por ser garantia acessória, estará sempre vinculada a um crédito, o qual se assegura por meio de um imóvel, de modo que quando o crédito se extinguir, a hipoteca deixará de existir igualmente.

Ocorre que, a outorga de hipoteca ao banco financiador sobre a totalidade do empreendimento imobiliário, o qual no decorrer do desenvolvimento da operação econômica será alienado aos adquirentes, será fonte de potenciais conflitos, decorrentes desta relação triangular entre a instituição financeira financiadora, incorporador e adquirentes(s). Normalmente, o conflito será originado na disputa dos imóveis dados em garantia à instituição financiadora. Neste sentido, pode-se dizer que ao fim e ao cabo o incorporador garante uma dívida sua com bens de terceiros (adquirentes). Se após a conclusão da obra, o incorporador não tiver cumprido suas obrigações contratuais com o

<sup>113</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 204.

banco financiador, os imóveis construídos já de propriedade dos adquirentes estarão garantindo a dívida do incorporador perante o banco.

Diversos casos<sup>114</sup> foram levados ao Poder Judiciário, nos quais os adquirentes buscavam desconstituir a hipoteca bancária sobre seus imóveis, porquanto não haviam constituído qualquer dívida com o banco financiador do empreendimento e em muitos casos já haviam inclusive quitado o pagamento do preço das unidades imobiliárias adquiridas.

Exemplo do entendimento jurisprudencial no final da década de 1990, é a decisão de Recurso Especial nº 187.940, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar<sup>115</sup>, na qual os recorrentes figuram como adquirentes de imóvel construído por uma incorporadora que não quitou seu débito com Delfim S/A Crédito Imobiliário, financiadora do empreendimento imobiliário, no caso em apreço.

O caso originalmente foi movido pelos adquirentes por meio de embargos de terceiros contra a execução movida pela empresa financiadora que buscava penhorar o imóvel dos adquirentes, em virtude da hipoteca em seu favor sobre os imóveis construídos pela incorporadora – Unimov Empreendimentos e Construções S/A. Face à decisão de improcedência dos embargos à execução movidos pelos adquirentes junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os adquirentes interpuseram Recurso Especial.

Subindo ao Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se em sentido diverso, julgando procedente a pretensão dos adquirentes, com base no princípio da boa-fé objetiva que deve

---

<sup>114</sup> Apenas para exemplificar citam-se algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70000443143. Apelante: CEF Caixa Econômica Federal. Apelados: Annita Berlim Fermann, Elias Fermann, Massa Falida de Marsiaj Oliveira Incorporações Imobiliárias Ltda. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Porto Alegre, 16 ago. 2000. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70000443143&num\\_processo=70000443143&codEmenta=402527&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70000443143&num_processo=70000443143&codEmenta=402527&temIntTeor=true)>. Acesso em: 28 de outubro de 2012; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70000444224. Apelante: CEF Caixa Econômica Federal. Apelados: Teresinha Azevedo Hens, Massa Falida de Marsiaj Oliveira Incorporações Imobiliárias Ltda. Relator: Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. Porto Alegre, 25 out. 2000. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70000444224&num\\_processo=70000444224&codEmenta=403266&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70000444224&num_processo=70000444224&codEmenta=403266&temIntTeor=true)>. Acesso em: 28 de outubro de 2012.

<sup>115</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 187.940. Recorrente: Wulf Falim e Cônjuge. Recorrido: Delfim S/A Crédito Imobiliário. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800662022&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 28 de outubro de 2012.

permeiar as relações obrigacionais dos contratantes. Na justificativa da incidência daquele princípio, considerou o Ministro Relator, inicialmente, a complexidade da operação econômica da incorporação imobiliária. Entendeu-se a este propósito, que a financiadora teria o dever de buscar receber da incorporadora os valores devidos decorrentes do contrato de financiamento, até mesmo porque havia sido contratada a cessão fiduciária dos créditos decorrentes da alienação das unidades imobiliárias<sup>116</sup> como outra forma de garantia à instituição financiadora.

Além disso, a financiadora não poderia se esquivar do conhecimento da finalidade do contrato de mútuo celebrado, qual seja, a construção de empreendimento para futura transferência a terceiros das propriedades imóveis dadas em garantia. Em suma, o STJ, com base na interpretação do princípio da boa-fé objetiva como cânone de lealdade contratual e consideração aos legítimos interesses dos contraentes, afastou a aplicabilidade das regras gerais sobre hipoteca, de modo a impedir que a hipoteca seguisse o imóvel, quando da sua transmissão aos adquirentes.

Entende-se que a mencionada decisão coaduna-se perfeitamente com os princípios norteadores das relações obrigacionais, quais sejam, o princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato. A este respeito, Judith Martins-Costa esclarece haver três níveis de compreensão deste princípio, e será no terceiro nível de compreensão que encontraremos fundamentos para a decisão acima do Superior Tribunal de Justiça, bem como para a melhor compreensão da dinâmica contratual da incorporação imobiliária.

Para aquela autora, a licitude do exercício jurídico (incluindo, o exercício dos direitos subjetivos nascidos de contrato) está sujeito à observação do "fim econômico e social do negócio", conforme previsto do artigo 187 do Código Civil. O fim social do negócio se relaciona com a função social que o imanta. Conseqüentemente,

(...), no terceiro nível de compreensão, [o princípio da função social] adquire a face de *fundamento (interno) desse mesmo exercício*, daí nascendo à relação obrigacional eficácias intersubjetivas e transobjetivas. (...). Em outras palavras a função social atua tanto na esfera intersubjetiva (entre partes contratantes) como na dimensão transubjetiva (entre um ou ambos os contratantes e terceiros, determinados ou não, considerando-se 'indeterminados' a comunidade em geral). Essas eficácias são geradoras de deveres negativos (de abstenção) e deveres

---

<sup>116</sup> Na subseção "1.2 A titularidade de um direito com função de garantia" será abordado este tipo de garantia contratual nas incorporações imobiliárias.

positivos (de promoção) em graus escalonados de intensidade e modulação tendo em conta a *função social do bem jurídico objeto do contrato*.<sup>117</sup>

A jurisprudência predominante adotou o mesmo entendimento, afastando, por vezes, a aplicação das regras gerais da hipoteca para contratos envolvendo incorporações imobiliárias, nas quais há uma forte coligação entre os seus diversos negócios jurídicos. Neste contexto, foi editada a súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça de 30 de março de 2005 que pôs fim à discussão<sup>118</sup> ainda remanescente no que toca à eficácia da hipoteca constituída por incorporadora para garantia de crédito de financiamento bancário sobre o imóvel transferido aos adquirentes. A referida súmula do STJ estabelece que “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.”<sup>119</sup>

Veja-se que a fundamentação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça na decisão antes referida, conquanto não tenha se baseado em uma análise estrutural da incorporação imobiliária – como proposto no presente trabalho – adotou a mesma compreensão jurídica do fenómeno fático da incorporação imobiliária trazida neste estudo. Explique-se. Vista a incorporação imobiliária como uma operação econômica complexa, formada por uma rede contratual, entende-se que cada partícipe desta cadeia de negócios jurídicos possui deveres laterais de conduta decorrentes dos princípios da boa-fé (inclusive na sua vertente "confiança") e da função social do contrato.

Assim, tanto a interpretação jurisprudencial exposta quanto a abordagem do fenómeno trazida neste estudo - conquanto adotando fundamentações diversas - carregam a mesma *ratio*.

Cita-se para tanto parte da decisão do STJ, a qual revela a "razão" da decisão:

---

<sup>117</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Vol. V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 90, 91, 92.

<sup>118</sup> Não se ignora as discussões e críticas doutrinárias ao conteúdo da Súmula nº 308 do STJ, como aquela apresentada Beatriz Marquez, Luiz Henrique de Oliveira Marques e José Samuel Marques: “A súmula é, sem dúvida, útil, mas há que ser aplicada com cautela, pois sua aplicação indiscriminada pode colocar em risco o instituto da hipoteca, ofender o princípio da boa-fé objetiva e albergar o *venire contra factum proprium*”. MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel; MARQUES, Luiz Henrique de Oliveira; MARQUES, José de Samuel. Os rumos da hipoteca diante do advento da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 63, p. 11-37, jul./dez. 2007. No entanto, com o advento da súmula a questão pacifica-se naturalmente.

<sup>119</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 308. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stj/stj\\_0308.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0308.htm)>. Acesso em 28 de outubro de 2012.

As regras gerais sobre hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora."<sup>120</sup> (grifo nosso).

A referência do Ministro Relator ao fato do conhecimento, por parte da instituição financeira financiadora do empreendimento imobiliário, acerca da alienação a terceiros, revela uma característica fundamental das redes contratuais, qual seja, o nexo funcional-econômico entre os contratos integrantes desta cadeia de negócios jurídicos. No caso da incorporação imobiliária é a finalidade de construção de um condomínio edilício, de modo que a função social do empreendimento que se propõe – na qual o financiador teve relevante papel – é justamente a alienação das unidades imobiliárias a terceiros para constituição deste condomínio especial.

Por estas razões, entende-se que a hipoteca imobiliária garantida às instituições financeiras financiadoras do empreendimento imobiliário não é uma garantia contratual de maior eficácia dentro da dinâmica da operação econômica em análise, na medida em que em caso de inadimplemento contratual por parte do incorporador ou até mesmo em caso de falência, ficará a instituição financeira sem poder sobre seu direito de preferência sobre o imóvel dado em garantia, nas hipóteses em que o incorporador já tiver alienado os bens imóveis constituídos a adquirentes.

Assim, passa-se à análise das garantias como titularidades de direitos, que podem complementar a hipoteca nas incorporações imobiliárias.

## **1.2 A titularidade de um direito com função de garantia**

Na presente subseção serão analisadas aquelas formas de garantias contratuais em que a titularidade de um direito será concedida ao credor como forma de segurança ao adimplemento contratual. Incluem-se nesta categoria três garantias utilizadas usualmente na

---

<sup>120</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 187.940. Recorrente: Wulf Falim e Cônjuge. Recorrido: Delfim S/A Crédito Imobiliário. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800662022&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 28 de outubro de 2012.

prática imobiliária que asseguram a titularidade de direito sobre créditos, propriedade e universalidades, quais sejam, cessão de crédito como garantia, alienação fiduciária e afetação patrimonial.

Optou-se por utilizar a categoria da titularidade de um direito com função de garantia, proposta por Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, a fim de abarcar de forma indiscriminada aquelas formas de garantia contratual em que a titularidade de um direito é outorgada. No entanto, também se considera a classificação proposta por Menezes Leitão, a qual divide a referida categoria em três, a saber, a utilização da propriedade como garantia, garantias especiais sobre direitos e garantias especiais sobre universalidades.

Em conexão com a subseção antecedente, inicia-se a análise desta categoria de garantias contratuais pela cessão de créditos como forma de garantia, haja vista que é usualmente usada como uma garantia suplementar à hipoteca nos contratos de mútuo bancário para financiamento do empreendimento imobiliário.

### *1.2.1 Cessão de créditos como garantia*

Como regra geral, a cessão de créditos como garantia é constituída de forma fiduciária<sup>121</sup>, isto é, possui um carácter transitório, inerente à função típica de garantia por meio da titularidade de um direito. Desta forma, o devedor principal cede em garantia créditos que possui com terceiro, o qual poderá ser executado pelo credor, a partir do momento em que o devedor principal inadimplir suas obrigações<sup>122</sup>. Assim esclarecem Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte:

Entre as duas relações – débito garantido e crédito cedido em garantia daquele – há uma união da qual resulta que, tendo a cessão um fim de garantia, o cessionário está condicionado na exigência deste débito pelas regras vigentes em relação à dívida cedida (garantida)<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. **Garantias de Cumprimento**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 234.

<sup>122</sup> A este respeito Luís Miguel Pestana de Vasconcelos aponta que uma grande vantagem da cessão de créditos como garantia é o fato de que em caso de insolvência ou falência do devedor principal, o credor não precisará buscar seu crédito no juízo falimentar pois os créditos cedidos já farão parte de seu patrimônio, podendo, assim, usufruí-los. VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 508.

<sup>123</sup> MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. **Garantias de Cumprimento**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 234.

Neste sentido, caso o devedor principal cumpra suas obrigações contratuais perante o credor, os créditos voltarão a sua titularidade.

No Direito brasileiro até a entrada em vigor da Lei nº 9.514/1997, a matéria era regulada pela Lei nº 4.864/1965<sup>124</sup>. No artigo 22, §1º da referida lei, estabelece-se que somente pode ser executada a cessão de crédito em garantia pela financiadora depois de vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada. Com isso, na prática o incorporador se tornava inadimplente apenas se paralisasse a obra. No entanto, ainda assim a instituição financeira financiadora não poderia se aproveitar da garantia de cessão de crédito, pois nesta hipótese os adquirentes devedores do crédito cedido poderiam levantar a exceção de contrato inadimplido para não pagar o débito contraído.

Em função da ineficácia do instrumento de garantia apresentada na Lei nº 4.864/1965, a Lei nº 9.514/1997 optou por permitir a execução do crédito cedido em garantia, antes mesmo do inadimplemento contratual do devedor principal – o incorporador. O artigo 19 da Lei nº 9.514/1997 garante ao credor fiduciário inclusive o direito de receber diretamente do devedor cedido os créditos de sua titularidade. Melhim Namem Chalhub, ao analisar a alteração legislativa, conclui que ocasionou uma melhora significativa no desenvolvimento das relações jurídicas nas incorporações imobiliárias, em virtude da eficácia da cessão de créditos como forma de garantia, conforme trecho de sua obra colacionado:

O novo mecanismo atende ao interesse de todas as partes integrantes do negócio: em primeiro lugar, os pagamentos feitos pelos adquirentes são destinados à amortização do financiamento na proporção da dívida correspondente à unidade que adquiriu, e não mais do que isso; em segundo lugar, o incorporador não sofre nenhum desfalque no orçamento da construção, pois, havendo financiamento da produção, a entidade financiadora fornece-lhe os recursos necessários ao cumprimento do cronograma da obra, e, em terceiro lugar, a entidade financiadora se beneficia da regularidade dos pagamentos e da diluição do risco, que deixa de se concentrar no incorporador para se distribuir proporcionalmente entre os adquirentes. (grifo nosso)

Note-se, no entanto, que a cessão de créditos prevista pela Lei nº 9.514/1997 não perdeu seu caráter fiduciário, haja vista que em tal relação jurídica o bem dado em garantia

---

<sup>124</sup> BRASIL. Lei n. 4.864, de 29 de novembro de 1965. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4864.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4864.htm)>. Acesso em: 28 de outubro de 2012.

é um bem móvel fungível. Explique-se. A garantia da cessão de crédito irá, no decorrer do tempo, satisfazer a dívida principal do incorporador com a instituição financeira, de modo que a titularidade do crédito será apenas retransmitida ao fiduciante – incorporador – no caso de excesso de crédito em relação à dívida constituída.

Christoph Fabian, a respeito do negócio fiduciário, esclarece as características próprias desta titularidade de direito fiduciário:

O fiduciário recebe a titularidade sobre um direito. Normalmente, ele torna-se proprietário. Por meio desta posição real, ele tem o poder de exercer o seu direito conforme a sua vontade. (...). Obrigacionalmente, porém, o fiduciário é vinculado a exercer o seu direito conforme o fim determinado. O bem serve a determinado fim. Finalmente quando alcançado este fim ou uma condição combinada, o fiduciário será obrigado a retransferir a propriedade.<sup>125</sup>(grifo nosso)

Neste sentido, percebe-se que, no caso da cessão de créditos pelo incorporador à instituição financeira, a titularidade do crédito como garantia da instituição financeira deverá ser limitada obrigacionalmente à finalidade do direito de crédito: garantia e quitação da dívida imobiliária constituída pelo incorporador.

A maior dificuldade prática percebida neste tipo de garantia contratual é decorrente do inadimplemento do incorporador, configurado ao não repassar as verbas recebidas pelos adquirentes à instituição financeira. Tal conduta do incorporador ocasiona a manutenção da hipoteca outorgada à instituição financeira financiadora sobre os imóveis construídos e dados em garantia ao financiamento, o que ameaça o direito de propriedade dos adquirentes, pois, mesmo após a quitação do preço de aquisição de seus imóveis, os adquirentes tem seus imóveis onerados com uma hipoteca.

Diversas decisões judiciais espelham esta dificuldade prática da incorporação imobiliária<sup>126</sup>. No entanto, uma vez já expostos os fundamentos da decisão do Superior

<sup>125</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia: Negócios Fiduciários e Relações Externas.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2007. P. 16.

<sup>126</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70010507473. Apelante: Banco do Estado de São Paulo S/A. Apelada: Heloisa Alles. Relator: José Francisco Pellegrini. Porto Alegre, 19 de julho de 2005. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70010507473&num\\_processo=70010507473&codEmenta=1145828&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70010507473&num_processo=70010507473&codEmenta=1145828&temIntTeor=true)>. Acesso em 06 de novembro de 2012; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 2.0000.00.319490-9/000. Apelante: Fonseca e Freitas Comercial e Construtora Ltda. Apelado: Banespa Banco do Estado de São Paulo S/A. Rel. Des.(a) Wander Marotta. Belo Horizonte, 11 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLin>>

Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 187.940, acima apontada, será esse exemplo ainda utilizado para esclarecer a dinâmica da garantia real da hipoteca dentro da incorporação imobiliária. Como regra geral, o incorporador outorga em garantia à instituição financeira tanto a cessão fiduciária dos créditos decorrentes das alienações das unidades imobiliárias quanto a hipoteca sobre todo o empreendimento imobiliário.

Naquela decisão<sup>127</sup>, foi bem observado que a hipoteca sobre o imóvel do adquirente não poderá ser mantida, de modo a prejudicá-lo, especialmente porque a instituição financeira financiadora possui a garantia da titularidade do direito de crédito sobre os montantes pagos pelos adquirentes ao incorporador. Neste sentido, o STJ entendeu que à instituição financeira é imputado o dever de diligência de buscar receber seu crédito, exercendo seu direito de crédito decorrente da garantia de cessão fiduciária<sup>128</sup>.

De fato, a cessão de créditos como garantia usualmente utilizada nas incorporações imobiliárias no Brasil, possibilita o financiamento do empreendimento imobiliário de uma forma bastante eficaz e com considerável diluição dos riscos da entidade financiadora, permitindo-se com isso condições menos severas para a concessão de financiamento ao incorporador. Como se viu nesta análise, especialmente em virtude da liquidez de tal garantia, a cessão de créditos ocasiona uma segurança bastante sólida aos financiadores do

---

has=3&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=%22cessão fiduciária%22 E %22hipoteca%22&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique na lupa para pesquisar as referências cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 06 de novembro de 2012; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 377.851.4/3-00. Apelante: Banco Safra S.A. Apelada: Luciana Cybelle Isihida. Relator: Des. Cláudio Lima Bueno de Camargo. São Paulo, 07 de dezembro de 2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ00K6S50000>>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

<sup>127</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 187.940. Recorrente: Wulf Falim e Cônjuge. Recorrido: Delfim S/A Crédito Imobiliário. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800662022&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 28 de outubro de 2012.

<sup>128</sup> Cita-se para tanto parte da decisão referida especificamente quanto ao dever do financiador de buscar a satisfação de seu crédito com o incorporador por meio do exercício de sua garantia de cessão fiduciária: "O princípio da boa-fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreciar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa de seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóveis." (grifo nosso). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 187.940. Recorrente: Wulf Falim e Cônjuge. Recorrido: Delfim S/A Crédito Imobiliário. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800662022&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 28 de outubro de 2012. P. 5.

empreendimento imobiliário, e, conseqüentemente, um cenário mais bem estruturado para o desenvolvimento e crescimento da incorporação imobiliária.

### 1.2.2 Alienação Fiduciária

A alienação fiduciária em garantia, tanto quanto a cessão fiduciária, tem origem na *fiducia cum creditore* do Direito Romano<sup>129</sup>. Trata-se de um negócio fiduciário, assim:

(...) pelo qual o fiduciante obriga-se a transferir a titularidade de um direito ao fiduciário com finalidades definidas e sob a estipulação de uma transferência ao fiduciante ou a um beneficiário quando realizada uma determinada condição, seja um evento, seja por tempo<sup>130</sup>.

Consiste assim em uma titularidade de direito como garantia e não uma forma de garantia real, na medida em que o credor fiduciário adquirirá a propriedade fiduciária do bem, sua titularidade e não um direito real *de* garantia<sup>131</sup>. Conforme preceitua José Carlos Moreira Alves:

Neste caso [propriedade fiduciária resultante da alienação fiduciária em garantia], há uma propriedade que difere da propriedade plena ou da propriedade limitada pela aposição de condição resolutiva. É ela direito real típico – (...) – que a lei criou para atender, especificamente, a determinada necessidade de ordem econômica e não direito real que, mediante vínculo contratual ou a aposição de condição resolutiva, se subtrai à finalidade econômica para que foi criado, utilizando-se dele para outro fim prático (o de garantia) que não o previsto na lei para aquela figura típica.<sup>132</sup>

No contexto da incorporação imobiliária é finalidade desta figura a proteção do interesse legítimo do incorporador em receber a integralidade do preço do imóvel,

<sup>129</sup> A respeito da origem do negócio fiduciário no Direito Romano Luís Manuel Teles de Menezes Leitão esclarece: “A alienação fiduciária em garantia tem origem na *fiducia cum creditore* do Direito Romano. No âmbito desta as partes realizavam uma transmissão de propriedade (para as *res mancipi* normalmente através da *mancipatio* ou da *in iure cessio*), comprometendo-se o adquirente a conservar a coisa para garantia de um crédito, devolvendo-a ao transmitente após a sua satisfação”. LEITÃO, Luís Manoel de Menezes. **Garantia das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2006. P. 269.

<sup>130</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia: Negócios Fiduciários e Relações Externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. P. 65.

<sup>131</sup> Christoph Fabian compara a hipoteca com a alienação fiduciária, afirmando que a hipoteca seria um direito real de garantia enquanto que a alienação fiduciária seria um direito real em garantia. FABIAN, Christoph. **Fidúcia: Negócios Fiduciários e Relações Externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. P. 86.

<sup>132</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. P. 156.

garantindo-se os riscos inerentes a tal contratação, isto é, o inadimplemento do adquirente. A garantia visa, assim, sempre dar segurança ao credor da obrigação contratual que sua expectativa com a contratação não seja frustrada.

A contratação normalmente se dá por meio de um contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária. Assim, as partes inicialmente contratam a compra e venda da unidade imobiliária, figurando o incorporador como vendedor e o adquirente como comprador, e, subsequentemente, as partes celebram o pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, no qual o adquirente transfere a propriedade da unidade imobiliária ao incorporador como forma de garantia do pagamento parcelado do preço.

Trata-se de um negócio jurídico complexo, porquanto na esfera externa o fiduciário, no caso o incorporador, terá a propriedade plena do imóvel, já na esfera interna, o fiduciário terá o exercício de seu direito de propriedade restrito à consecução do fim do negócio. A este respeito Judith Martins-Costa esclarece:

(...) a estrutura da relação fiduciária é complexa, ou, para alguns, composta na medida em que coexistem uma relação externa, de natureza real, e uma relação interna, de natureza obrigacional, evidenciada pelo *pactum fiduciae*, na primeira consistindo o fiduciário o titular definitivo do direito transferido pelo fiduciante, e na segunda restando o fiduciário obrigado a observar o comportamento assumido, de modo a entregar ao fiduciante – ou a quem este indicar – os direitos ou créditos em que fora investido, no prazo e nas condições estipulados no acordo de vontades.<sup>133</sup>

De fato, como concluído pela jurista, o negócio fiduciário não será composto por dois negócios: será um negócio único, mas complexo na sua estrutura obrigacional e real, de modo que o próprio processo da obrigação ultrapassa determinadas etapas até atingir o adimplemento: a etapa do direito obrigacional e a do direito real. Assim, no primeiro momento a propriedade imobiliária será transferida ao fiduciário e com o desenvolvimento das obrigações contratuais, a propriedade imobiliária voltará à esfera patrimonial do fiduciante.

---

<sup>133</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 657, p. 37-50, jul./ 1990. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/> . Acesso em: 12 novembro 2011. Fonte: [http://www.bcq.usp.br/normalizacao\\_tecnica.htm](http://www.bcq.usp.br/normalizacao_tecnica.htm). P. 4.

O adquirente do imóvel dado em garantia terá o direito expectativo<sup>134</sup> de receber a propriedade do imóvel novamente, quando se concretizar a condição resolutive do contrato de alienação fiduciária, qual seja, a quitação do preço do imóvel por parte do adquirente. Com o termo de quitação do incorporador devidamente averbado no registro de imóveis, a propriedade fiduciária é resolvida e o adquirente adquire a propriedade plena do imóvel novamente<sup>135</sup>.

Na alienação fiduciária, o direito de propriedade recebido pelo incorporador dos adquirentes servirá para garantir os créditos imobiliários titulados perante os adquirentes, os quais serão cedidos fiduciariamente à instituição financeira financiadora do empreendimento imobiliário. Neste sentido, em última medida, a obrigação de pagamento dos adquirentes garantida pela alienação fiduciária será a principal segurança para o sistema de financiamento imobiliário como um todo.

A este respeito, Christoph Fabian esclarece como se dá a ligação entre as diversas garantias contratuais concedidas dentro desta rede de contratos para o financiamento imobiliário:

Nas operações vinculadas ao SFI trabalham, principalmente, entidades bancárias, art. 2º da Lei 9.514/97. Um banco conclui um contrato de financiamento e obtém os créditos como credora. As entidades bancárias são as originadoras dos créditos imobiliários. Os créditos ficam garantidos pela alienação fiduciária de coisa imóvel, na qual a entidade bancária/credora obtém a posição de fiduciária. (...). Junto com a cessão de créditos transferem-se, também, os direitos e obrigações inerentes à propriedade fiduciária em garantia, art. 28 da Lei nº 9.514/97<sup>136</sup>. (grifo nosso)

A propriedade fiduciária na alienação fiduciária em garantia é constituída por meio do registro do contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária no registro de imóveis, nos termos do artigo 23 da Lei nº 9.514/1997.

<sup>134</sup> Pontes de Miranda conceitua o chamado direito expectativo como um direito que depende de elemento independente da vontade do titular, de modo que determinado acontecimento irá fazer surgir o direito expectado, assim: “Há direitos expectativos reais e direitos expectativos pessoais. Não é direito expectativo a expectativa de direito, que não se contém em direito já existente. O titular do direito expectativo é pré-titular do direito expectado.”. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

<sup>135</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade Fiduciária de bens móveis em garantia. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, nº 21, ano 6, p. 305-335, jul-set. 2003. P.333.

<sup>136</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia**: Negócios Fiduciários e Relações Externas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. P.90 e 91.

Assim, pode-se dizer que a alienação fiduciária em garantia no contexto negocial da incorporação imobiliária assume o relevante papel de dar segurança aos demais financiadores do empreendimento imobiliário, haja vista que somente o financiamento alavancado com as prestações pagas parceladamente pelos adquirentes não seria suficiente para o desenvolvimento do empreendimento imobiliário.

Nesta medida, a compra e transferência subsequente da propriedade fiduciária das unidades imobiliárias pelos adquirentes permite a utilização pelo incorporador de créditos imobiliários como meio de garantia para financiamentos bancários. Os bancos, por sua vez, poderão ceder tais créditos imobiliários dados em garantia pelo incorporador a companhias securitizadoras, as quais, com lastro nestes créditos, poderão emitir Certificados de Recebíveis Imobiliários (“CRI”). Os CRI, por sua vez, poderão ser negociados no mercado financeiro, de modo a diluir cada vez mais os riscos da complexa operação econômica da incorporação imobiliária.

Por fim, resta relevante frisar que a alienação fiduciária garante ao incorporador um mecanismo diferenciado de garantia de seu crédito com a transferência do imóvel. A Lei nº 9.514/1997 em seus artigos 26 e 27 estabelece um procedimento extrajudicial de constituição do devedor fiduciante em mora, para fins de consolidação da propriedade plena do imóvel ao credor fiduciário. Com isso, ao credor fiduciário é garantido, ao fim e ao cabo, o direito de levar o imóvel a leilão extrajudicial, depois de ultrapassada a tentativa extrajudicial de cobrança da dívida em mora do devedor fiduciante<sup>137</sup>.

Os traços aqui sumariamente apresentados demonstram a solidez deste tipo de garantia na incorporação imobiliária, porquanto além de garantir créditos imobiliários do incorporador, assegura as demais garantias utilizadas nos contratos financiamentos para

---

<sup>137</sup> A este respeito vide recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, na qual ao incorporador é garantida a reintegração de posse do imóvel dado em garantia, o qual depois de passado o prazo para pagamento da dívida imobiliária teve sua propriedade plena constituída pelo incorporador, conquanto as notificações extrajudiciais, para realização do leilão extrajudicial, aos devedores fiduciantes tenham sido nulas. “A consolidação da propriedade do bem no nome do credor fiduciante confere-lhe o direito à posse do imóvel. Negá-lo implicaria autorizar que o devedor fiduciário permaneça em bem que não lhe pertence, sem pagamento de contraprestação, na medida em que a Lei 9.514/97 estabelece, em seu art. 37-A, o pagamento de taxa de ocupação apenas depois da realização dos leilões extrajudiciais. Se os leilões são suspensos, como ocorreu na hipótese dos autos, a lacuna legislativa não pode implicar a imposição, ao credor fiduciante, de um prejuízo a que não deu causa.”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1155716/DF. Recorrente: Luiz Fernando Garcia Cotta e outro. Recorrido: Via Empreendimentos Imobiliários S/A. Rel. Ministra Nancy Andrigli, Brasília 13 de março de 2012, **DJe 22/03/2012**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901598205&dt\\_publicacao=22/03/2012](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901598205&dt_publicacao=22/03/2012)>. Acesso em: 11 de novembro de 2012.

execução do projeto imobiliário. Assim, a alienação fiduciária é um instrumento de grande relevância prática nas transações comerciais na atualidade, especialmente no âmbito das incorporações imobiliárias.

Prosseguindo o apontamento sobre as garantias contratuais utilizadas na prática comercial envolvendo incorporações imobiliárias, passamos à análise do patrimônio de afetação ou afetação patrimonial como garantia.

### *1.2.3 Afetação Patrimonial*

O patrimônio de afetação busca assegurar o interesse legítimo dos adquirentes dentro da rede contratual que instrumentaliza a incorporação imobiliária. Diante dos elevados riscos do negócio celebrado com o incorporador, os adquirentes, tanto quanto os demais financiadores do empreendimento, necessitam de uma garantia, que os proteja em caso de descumprimento contratual do incorporador. No entanto, até a introdução desta figura no sistema brasileiro, os adquirentes em especial não possuíam, como regra geral, qualquer garantia de cumprimento contratual do incorporador. A lacuna foi colmatada com a edição da Lei nº 10.931 de 2 de agosto de 2004.

Ao mesmo tempo em que os adquirentes transferem a propriedade fiduciária das unidades imobiliárias ao incorporador, adiantam-lhe parceladamente o preço do imóvel. No entanto, não recebem qualquer garantia ou direito real ou pessoal de cumprimento contratual por parte do incorporador, restando-lhes tão somente o direito expectativo de recebimento da propriedade plena do imóvel, após a quitação do preço. Entretanto, este direito expectativo não lhes garante de forma alguma o cumprimento das obrigações por parte do incorporador<sup>138</sup>.

Tratando do tema dos *patrimônios autônomos*<sup>139</sup>, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos compara o patrimônio autônomo às demais garantias qualitativas sobre bens do devedor, ressaltando que nestas o devedor recebe um direito de preferência sobre

---

<sup>138</sup> A respeito da afetação patrimonial nas incorporações imobiliárias, Melhim Namem Chalhub ressalta: “Na medida em que este regime visa assegurar a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes, sua instituição resulta na criação de uma reserva patrimonial com essa destinação específica, (...)” CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2.ed. ver. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 63.

<sup>139</sup> Denominação utilizada pelo autor Luís Miguel Pestana de Vasconcelos. No Brasil, no caso das incorporações imobiliárias no Direito brasileiro, o legislador ordinário utilizou a denominação “patrimônio de afetação”, conforme artigo 31-A e seguintes da Lei nº 4.591/1964.

determinado bem ou bens ou titularidade de direitos dados em garantia, isto é, certa *reserva* de tais bens ou direitos<sup>140</sup>. No caso do patrimônio autônomo o autor frisa:

Ora, a ‘reserva’ de certos bens a determinados créditos pode também ser realizada de forma diversa: separando estes bens do patrimônio geral do devedor, de forma que compondo um patrimônio autônomo (passando, nesta medida, o devedor a ter dois patrimônios, o autônomo e o geral), fiquem afectos à satisfação de certos créditos. Dessa maneira, os outros credores do mesmo devedor não se poderão satisfazer pelo valor desses bens. Só os titulares dos créditos a que o patrimônio está afecto.<sup>141</sup>

Importante frisar, indo na mesma linha do autor português citado, que o patrimônio afetado por determinada finalidade impedirá que o devedor também o utilize para outros fins diversos daqueles para os quais fora afetado. Há uma afetação pelo fim estabelecido. No âmbito da incorporação imobiliária, trata-se de um instrumento de especial relevância para impedir que eventuais dificuldades financeiras de um empreendimento imobiliário coordenado pelo incorporador afetem os demais, por meio da utilização de recursos decorrentes de um empreendimento para quitar dívidas de outro.

Ademais, a separação patrimonial deverá ser necessariamente prevista e delimitada por lei federal. As partes não podem, portanto, por simples consenso contratual estabelecer a criação de um patrimônio autônomo afetado, haja vista em que a vinculação de certa universalidade de bens e direitos pertencentes a um patrimônio irá reduzir a garantia geral do patrimônio do devedor.

A afetação patrimonial ou patrimônio de afetação tem sua origem na figura do *trust* do Direito norte-americano<sup>142</sup>, possuindo natureza fiduciária tanto quanto a cessão fiduciária e a alienação fiduciária acima abordadas.

<sup>140</sup> VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 542.

<sup>141</sup> VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010. P. 542.

<sup>142</sup> Assim, esclarece Melhim Namem Chalhub: “Na busca de aclimatação do *trust* aos sistemas filiados ao direito romano é possível identificar o *patrimônio de afetação* como importante elemento comum de identificação, capaz de contribuir na construção de um instituto de natureza fiduciária que, de uma parte, revista-se da flexibilidade funcional própria do negócio fiduciário e do *trust* e que, de outra parte, possa propiciar a necessária proteção aos bens objeto do negócio”. CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 3ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 80. A respeito da origem da figura do *trust*, Judith Martins-Costa pontua: “O *trust* do Direito anglo-norte-americano apresenta características diferenciadas, ligadas à própria estrutura do sistema onde nasceu, em tudo e por tudo estranho aos sistemas do Direito continental europeu. Por isso, bem acentua René David que dita instituição – a exemplo, de resto, da maior parte das instituições e dos conceitos do Direito inglês – ‘explica-se unicamente pela história’”. MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do *trust* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 657, p. 37-50, jul./ 1990. Disponível em:

Explica-se. O instituto do *trust* do direito americano consiste em um negócio jurídico, pelo qual uma parte (*trustee*) torna-se proprietário formal, exterior, de determinada universalidade de bens para que realize determinada finalidade em relação a um beneficiário (*cestui que trust*). O beneficiário, no sistema de *common law*, terá o direito de propriedade substancial do bem, de forma que o *trustee* irá administrar e gerir os bens visando a um propósito específico, enquanto que o *cestui que trust* – beneficiário – será o “destinatário do conteúdo econômico desta propriedade (*equitable property*)”<sup>143</sup>.

Nesta medida, o *trust* é uma forma de negócio jurídico no qual o beneficiário transfere bens ao patrimônio do *trustee* para determinada destinação, afetando-os para uma específica finalidade, restringindo-se assim seu uso pelo *trustee*. Melhim Namem Chalhub vai adiante e esclarece como se concretiza este negócio jurídico na prática comercial americana:

(...) contempla uma transmissão triangular, em que o *settlor* destaca um bem de seu patrimônio e o transmite ao *trustee*; este ao recebê-lo, não pode desfrutar das utilidades econômicas do bem, mas obriga-se a transmiti-lo, e efetivamente o transmitirá, ao *cestui que trust* ou beneficiário, este sim titular do conteúdo econômico dos bens objeto do *trust*.<sup>144</sup>

Nesta mesma linha, Christoph Fabian esclarece com maiores detalhes as diversas funções do *trust* no Direito norte-americano, dentre elas, aquela apontada pelo autor brasileiro acima como forma de separação de um patrimônio para administração para um propósito específico pelo *trustee*<sup>145</sup>.

---

<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/> . Acesso em: 12 novembro 2011. Fonte: [http://www.bcq.usp.br/normalizacao\\_tecnica.htm](http://www.bcq.usp.br/normalizacao_tecnica.htm). Neste sentido, pode-se afirmar que a necessidade de criação de um negócio fiduciário com função de garantia nos sistemas de origem romana, ocasionou a adaptação da figura do *trust* oriundo do Direito norte-americano. Ainda, neste mesmo sentido vide: WALD, Arnoldo. Algumas considerações a respeito da utilização do “trust” no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 34, n. 99, p. 105-120, jul./set. 1995.

<sup>143</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Afetação Patrimonial no direito contemporâneo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 29, 2007, p. 111-147, jan-mar. 2007. P. 120.

<sup>144</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Afetação Patrimonial no direito contemporâneo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 29, 2007, p. 111-147, jan-mar. 2007. P. 121.

<sup>145</sup> “Na sua terceira função, o *trust* serve para administrar um patrimônio a favor de um grupo de pessoas. Quase todos deste grupo são comerciais *trusts*. Nesta forma de *trust*, as atividades do *trustee* normalmente são remuneradas. Um grupo de pessoas entrega os seus bens, principalmente dinheiro, a um profissional especializado e este aplica o dinheiro em um negócio. Os lucros dos investimentos serão entregues aos *beneficiaries* que são muitas vezes idênticos aos *settlors*”. FABIAN, Christoph. **Fidúcia: Negócios Fiduciários e Relações Externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. P. 145.

Ressalta-se, no entanto, que o sistema de *common law* aceita a existência de dois direitos sobre determinada coisa, um *equitable* e outro *legal*<sup>146</sup>, conforme clara explicação de Judith Martins-Costa, “aquele que tem a propriedade formal ou a titularidade de determinados bens ou direitos [*legal property*] é obrigado, por efeito da propriedade substancial [*equitable property*], que não é sua, a custodiá-los e/ou administrá-los, ou ainda a servir-se deles, em benefício de um ou mais beneficiários, ou de escopo determinado”<sup>147</sup>. Neste sentido, a incorporação pura e simples do instituto do *trust* no sistema jurídico brasileiro demonstra-se incabível, especialmente em função do princípio da unicidade de domínio adotada pelo Direito brasileiro<sup>148</sup>.

Conquanto haja diferenças estruturais fundamentais entre o sistema de *common law* e de *civil law* que impeçam a adoção pura e simples do *trust* nos sistemas romanísticos, como é o caso do sistema jurídico brasileiro, a estrutura do *trust* foi uma forte influência para a criação da afetação patrimonial no Direito brasileiro, utilizando-se a maleabilidade do instituto sem infringir o princípio da unicidade do domínio, presente no nosso sistema jurídico.

Nesta medida, o estudo da fidúcia em conjunto com algumas características do *commercial trust* permitiram ao Direito brasileiro adotar determinadas características de cada instituto para a criação da afetação patrimonial em garantia, ora legislada na Lei nº 4.591/1994.

A figura da afetação patrimonial criada por meio da Lei nº 10.931/2004 para garantia dos adquirentes na incorporação imobiliária busca afetar a totalidade do acervo patrimonial que compõe determinada incorporação imobiliária à finalidade de conclusão da obra e transferência da propriedade dos imóveis constituídos.

---

<sup>146</sup> Por meio de um exemplo didático Christoph Fabian esclarece a diferença entre *legal property* e *equitable property*: “No caso de um financiamento, o vendedor obtém as relações jurídicas apenas com o comprador: o comprador recebe o bem do vendedor e transfere a *legal property* para o banco (*mortgagee*). O banco, por sua vez, transfere o dinheiro para o comprador e este passa o dinheiro ao vendedor”. FABIAN, Christoph. **Fidúcia: Negócios Fiduciários e Relações Externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. P. 148.

<sup>147</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 657, p. 37-50, jul./ 1990. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/> . Acesso em: 12 novembro 2011. Fonte: [http://www.bcq.usp.br/normalizacao\\_tecnica.htm](http://www.bcq.usp.br/normalizacao_tecnica.htm). P. 6.

<sup>148</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 657, p. 37-50, jul./ 1990. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/> . Acesso em: 12 novembro 2011. Fonte: [http://www.bcq.usp.br/normalizacao\\_tecnica.htm](http://www.bcq.usp.br/normalizacao_tecnica.htm). P. 7.

À semelhança do *trust da common law*, determinado acervo patrimonial continuará na esfera de propriedade do incorporador, no entanto o exercício dos poderes de gestão deste patrimônio pelo incorporador estará restrito à finalidade de desenvolvimento do empreendimento imobiliário. Note-se aqui a diferença fundamental da afetação patrimonial com relação ao *trust*: enquanto que no instituto anglo-saxão tanto o *trustee* quanto o beneficiário possuem direito de propriedade sobre a coisa, na afetação patrimonial tão somente o incorporador possuirá direito de propriedade sobre o patrimônio afetado.

Com isso, a Lei nº 4.591/1964 criou interessante mecanismo de proteção dos adquirentes da incorporação imobiliária, credores do incorporador, no qual mesmo em caso de falência do incorporador os bens afetados por meio da afetação patrimonial não serão direcionados à massa falida, juntamente com os demais bens pertencentes ao patrimônio do incorporador. Tal consequência jurídica em caso de falência do incorporador decorre de uma característica peculiar da afetação patrimonial, qual seja, a incomunicabilidade do patrimônio afetado com o patrimônio geral do incorporador. Tratando da teoria da afetação e sua aplicação na incorporação imobiliária, Melhim Namem Chalhub esclarece:

Patrimônios de afetação são incomunicáveis por natureza. A incomunicabilidade é uma de suas características essenciais, pois, para cumprir sua finalidade de proteção de um bem socialmente relevante ou para assegurar a consecução de determinada atividade econômica merecedora de tutela especial, é indispensável que os bens afetados fiquem afastados dos efeitos de negócios estranhos ao objeto da afetação.<sup>149</sup>

Nesta medida, o patrimônio afetado constituirá uma universalidade de direitos e obrigações destinada ao cumprimento de determinada finalidade, a qual não poderá ser obstada pela falência do proprietário de tal patrimônio afetado<sup>150</sup>. Por este motivo, em caso de falência do incorporador a legislação brasileira outorga o direito aos adquirentes por intermédio da comissão de representantes de decidir em assembleia geral pela continuidade da construção do empreendimento imobiliário, assumindo, conseqüentemente, a

---

<sup>149</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2.ed. ver. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 77.

<sup>150</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2.ed. ver. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 78.

administração e coordenação da obra. Os adquirentes poderão então decidir como se dará o restante da construção, nos termos do artigo 31-F, §1º da Lei nº 4.591/1964<sup>151</sup>.

Em suma, percebe-se que a adoção no sistema jurídico brasileiro da teoria da afetação patrimonial nas incorporações imobiliárias trouxe um mecanismo de grande relevância para a segurança dos adquirentes diante desta complexa operação econômica. Conquanto, a legislação tenha outorgado ao incorporador a escolha de adoção ou não da afetação patrimonial na incorporação imobiliária, pode-se dizer que se trata da maior garantia contratual prevista para proteção dos adquirentes.

Como desvantagens da afetação patrimonial, pode-se ressaltar as complicações de ordem prática do instituto diante de uma paralisação da obra ou em caso de falência do incorporador. Os adquirentes terão que se organizar em assembleia geral, eleger determinados indivíduos para composição da comissão de representantes, para então iniciar as deliberações de como se dará a continuidade da obra.

Na prática trata-se de mecanismo de grande dificuldade aos adquirentes, os quais, na maior parte dos casos, não possuem a expertise para administrar e gerir este tipo de empreendimento, especialmente pelo fato de que terão de entrar em consenso para deliberar questões de extrema relevância para a continuidade da obra, tais como, se contratarão nova incorporadora para gerir o empreendimento, se contratarão outra construtora, ademais, deverão analisar a contabilidade do patrimônio afetado, etc.

Em síntese, a conclusão da análise das garantias contratuais usualmente utilizadas na rede de contratos celebrada nas incorporações imobiliárias aponta alguns riscos jurídicos suportados pelos adquirentes e financiadores que permanecem desprotegidos. O inadimplemento contratual por parte do incorporador e sua falência são os eventos que

---

<sup>151</sup> “Artigo 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 1º Nos sessenta dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador, o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes ou, na sua falta, de um sexto dos titulares de frações ideais, ou, ainda, por determinação do juiz prolator da decisão, realizará assembleia geral, na qual, por maioria simples, ratificará o mandato da Comissão de Representantes ou elegerá novos membros, e, em primeira convocação, por dois terços dos votos dos adquirentes ou, em segunda convocação, pela maioria absoluta desses votos, instituirá o condomínio da construção, por instrumento público ou particular, e deliberará sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação (art. 43, inciso III); havendo financiamento para construção, a convocação poderá ser feita pela instituição financiadora.” . BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm). Acesso em 14 de novembro de 2012.

trazem maior risco aos demais sujeitos envolvidos na incorporação imobiliária. Conquanto se mitigue o eventual prejuízo dos financiadores em virtude do inadimplemento contratual do incorporador, não se elimina.

Aos adquirentes, o Direito brasileiro não trouxe uma solução adequada para mitigar os riscos jurídicos por eles suportados. À exceção da afetação patrimonial, não é utilizada qualquer outra garantia ao cumprimento do incorporador. Não obstante isso, própria afetação patrimonial da incorporação imobiliária não é obrigatória ao incorporador, tendo em vista que a Lei nº 10.931/2004 outorgou a *faculdade* ao incorporador de afetar o patrimônio da incorporação imobiliária. Assim, caso o incorporador não opte pela afetação patrimonial, os adquirentes não possuem meio jurídico de exigí-la, à exceção de eventual negociação contratual.

Nesta linha de raciocínio, questiona-se se não haveria outras garantias contratuais que assegurariam aos adquirentes maior segurança no investimento em uma incorporação imobiliária. Com este questionamento, utilizar-se-á do método comparatista para buscar em distinto sistema jurídico outra solução ao mesmo problema jurídico: ausência de proteção jurídica adequada aos adquirentes no contexto da incorporação imobiliária.

Passa-se então à análise do contrato de incorporação imobiliária (“*Bauträgervertrag*”) utilizado no sistema jurídico alemão, a fim de verificar como se dá a relação jurídica entre o incorporador e os adquirentes no Direito alemão e quais as soluções jurídicas encontradas para mitigação dos riscos de tal operação econômica.

## 2 AS GARANTIAS CONTRATUAIS UTILIZADAS NA ALEMANHA NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS (*BAUTRÄGERVERTRAG*)

A análise do Direito alemão, no presente estudo, busca apresentar, por meio de uma análise de direito comparado, diferente forma de solução dos problemas jurídicos encontrados na incorporação imobiliária no Direito brasileiro. Para tanto, inicialmente precisar-se-á verificar a possibilidade de comparação dos dois institutos jurídicos, isto é, se existe no Direito alemão riscos similares àqueles suportados pelos adquirentes no Direito brasileiro, para então explorar as soluções apresentadas naquele sistema jurídico para mitigação de tais riscos.

No Direito alemão a incorporação imobiliária é instrumentalizada por meio de um contrato *sui generis* denominado “*Bauträgervertrag*”, o qual carrega características tanto de um contrato de empreitada quanto de um contrato de compra e venda de imóveis. A figura central do *Bauträgervertrag* é o *Bauträger*<sup>152</sup>, o qual assume a responsabilidade de transferir a propriedade imóvel de quota parte de um condomínio a adquirentes (“*Erwerber*”). O condomínio edilício virá a ser construído sobre um imóvel do próprio *Bauträger* (doravante denominado “incorporador”) – caso não tenha a propriedade do imóvel deverá adquiri-la para poder iniciar o projeto de construção, e será financiado, dentre outros meios de financiamento, pelas verbas oriundas dos contratos celebrados com os adquirentes<sup>153</sup>.

Percebe-se com esta breve exposição, que no Direito brasileiro a incorporação imobiliária é vista sob a ótica jurídica de forma um pouco distinta. Conquanto na incorporação imobiliária no Brasil, o incorporador se obrigue a mobilizar os fatores de produção para realizar o empreendimento imobiliário e alienar as unidades imobiliárias aos adquirentes – tanto quanto no *Bauträgervertrag* – estruturou-se no Brasil um sistema de rede contratual, de modo que o instrumento contratual celebrado entre incorporador e adquirente consiste propriamente em uma promessa de compra e venda de coisa futura.

A fim de determinar os riscos do *Bauträgervertrag*, será levado em consideração determinados aspectos jurídicos que alteram as circunstâncias contratuais – como o princípio da abstração adotado na tradição germânica, e, as circunstâncias econômicas do mercado imobiliário alemão. Sob o prisma econômico, a solidez econômica do mercado imobiliário alemão desempenha um papel determinante para estabelecer os riscos

<sup>152</sup> Equiparado ao incorporador no Direito brasileiro.

<sup>153</sup> Vide a conceituação proposta por Peter Wilbert em sua tese de doutorado defendida na Universidade de Colônia conforme trecho ora colacionado: “Der Bauträger verpflichtet sich, ein eigenes oder von dritter Seite zu erwerbendes Grundstück bzw. Einen Miteigentumsanteil hieran zu veräußern mit einem hierauf von ihm im eigenen Namen zu errichtenden Bauwerk – meist schlüsselfertig und zu einem Festpreis -, wobei er zur Durchführung dieses Bauvorhabens bereits Geldmittel seines Vertragspartners, des künftigen Eigentümers, verwendet”.

Tradução livre: “O incorporador se responsabiliza em transferir uma quota-parte de uma obra (*Bauwerk*), a qual construirá em seu próprio nome sobre imóvel de sua propriedade ou sobre imóvel de terceiro que irá adquirir – na maior parte dos casos por um preço fechado e entregando o imóvel pronto para ocupação, de modo que para execução deste projeto de construção irá utilizar os fundos obtidos dos adquirentes – futuros proprietários dos imóveis”. WILBERT, Peter. **Die Bedeutung der Makler- und Bauträgerverordnung für die Abwicklung von Bauträger- und Baubetreuungsverträgen**. 1981. 297 f. Tese para obtenção do grau de Doutorado em Direito na Universidade de Colônia (*Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln*). Colônia, Alemanha, 14 de dezembro de 1981. P. 16 e 17.

suportados por cada contratante. Todos estes aspectos irão influenciar na forma de mitigação dos riscos contratuais, isto é, na escolha das garantias contratuais a serem utilizadas.

Nesta medida, o propósito desta parte do trabalho será justamente buscar elucidar o contexto jurídico e econômico, no qual se insere o *Bauträgervertrag*, apontando as semelhanças e diferenças com os instrumentos jurídicos brasileiros, para então abordar-se o sistema de garantias usualmente utilizado neste tipo contratual, a fim de realizar uma análise comparatista das vantagens e desvantagens da utilização de tais meios de garantia no Direito brasileiro.

## 2.1 Contexto jurídico e econômico no qual se insere o contrato “*Bauträgervertrag*”

O *Bauträgervertrag* é um contrato obrigacional no qual o *Bauträger* ou incorporador assume como principais obrigações o dever de construir um condomínio sobre um imóvel de sua propriedade e transferir a propriedade de uma quota parte já devidamente individualizada deste condomínio a um adquirente. Neste sentido, este contrato é entendido no Direito alemão como um tipo contratual único, apesar de ter havido grande discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da natureza contratual e de quais normas seriam aplicáveis ao mesmo. Neste sentido, Gregor Basty esclarece:

Finalmente, à luz do novo Direito Obrigacional, mantiveram-se a posição de que para cada elemento [do contrato *Bauträgervertrag*] respectivamente deve ser aplicada a regulação legal específica (por exemplo, para a transferência de imóvel as regras aplicáveis ao contrato de compra e venda, para a construção do empreendimento as regras aplicáveis ao contrato de empreitada), de modo que sempre permaneça se observando que se trata de um contrato único.<sup>154</sup>

Um fator de grande relevância para a análise deste tipo contratual do Direito alemão é a compreensão do princípio da abstração que rege os contratos de compra e venda na Alemanha. Segundo o princípio da abstração (*Trennungs- und Abstraktionsprinzip*) um

---

<sup>154</sup> BASTY, Gregor. **Der Bauträgervertrag**: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005. P. 6. Texto original: “Schließlich wird auch im Lichte des neuen Schuldrechts an der bisherigen Einschätzung festgehalten, dass für die einzelnen Elemente jeweils auf die spezifischen gesetzlichen Regelungen zurückzugreifen ist (also z.B. für den Grundstückserwerb auf Kaufrecht, für die Bauwerkserrichtung auf Werkvertragsrecht), wobei immer zu beachten bleibt, dass es sich um einen einheitlichen Vertrag handelt.”

negócio jurídico de compra e venda é instrumentalizado por três negócios jurídicos distintos, dos quais um possui natureza obrigacional e dois natureza real. O negócio jurídico obrigacional, conquanto possua a causa dos negócios jurídicos reais<sup>155</sup>, não está a eles vinculado, de modo que qualquer vício no mesmo não irá atingir a validade dos negócios jurídicos de eficácia real que deu causa.

A respeito do princípio da abstração no Direito alemão, Christoph Fabian esclarece:

No direito alemão, por sua vez, há uma distinção entre o contrato obrigacional e o contrato real. O contrato de compra e venda, no seu conjunto, por exemplo, consiste juridicamente em um contrato obrigacional e dois contratos reais, um concernente à transferência do valor e outro concernente à transferência da coisa. A realização do contrato no seu conjunto é dividido em duas etapas: primeiro, as partes concluem o contrato causal e depois elas transferem a propriedade (e o dinheiro)<sup>156</sup>.

Assim, o *Bauzrägervertrag* será o negócio jurídico obrigacional, distinto do negócio jurídico real, no qual o adquirente fica obrigado a pagar o preço pelo imóvel, e daquele no qual o incorporador (*Bauzräger*) fica obrigado a transferir a propriedade no registro de imóveis (*Grundbuch*) ao adquirente.

Outra característica relevante para compreensão da dinâmica contratual é do tempo do pagamento. Conforme já tratado acima, o *Bauzrägervertrag* possui características tanto do contrato de empreitada (*Werkvertrag*) quanto do contrato de compra e venda (*Kaufvertrag*), assim a doutrina<sup>157</sup> e a jurisprudência<sup>158</sup> entendem que devem se aplicar as

<sup>155</sup> „Wenn man wissen möchte, warum eine Sache übereignet wird, so gibt darauf sogar nur das Verpflichtungsgeschäft eine Antwort. Das Verfügungsgeschäft an sich ist ‚neutral‘ und kann der Erfüllung beliebiger Verpflichtung dienen“. RÜTHERS, Bernd e STADLER, Astrid. **Allgemeiner Teil des BGB**. 10., neubearbeitete Auflage. Munique: Verlag C.H. Beck, 1997. P. 128.

Tradução Livre: “Caso se queira saber, o porquê uma coisa foi alienada, então somente o negócio jurídico obrigacional (*Verpflichtungsgeschäft*) poderá responder. O negócio jurídico de eficácia real (*Verfügungsgeschäft*) em si mesmo é neutro e poderá servir ao cumprimento de qualquer obrigação.”

<sup>156</sup> FABIAN, Christoph. **Fidúcia: Negócios Fiduciários e Relações Externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. P. 38.

<sup>157</sup> Vide, dentre outros: KLEINE-MÖLLER, Nils e MERL, Heinrich. **Handbuch des privaten Baurechts**. 4 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2009; BASTY, Gregor. **Der Bauzrägervertrag: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung**. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005; PAUSE, Hans Egon. Auswirkung der Schuldrechtsmodernisierung auf den Bauzrägervertrag. **NZBau – Baurecht und Vergaberecht**, Heft 12, 2002, p. 648-655.

<sup>158</sup> ALEMANHA. *Bundesgerichtshof* – BGH (Tribunal Constitucional). Decisão (*Urteil*) 210/05. VII ZR. 26 de abril de 2007. Disponível em: < <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2007-4&Seite=1&nr=40149&pos=33&anz=230> >. Acesso em 17 de novembro de 2012.

regras do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) compatíveis com a natureza das obrigações contratuais analisadas.

No que toca às obrigações dos contratantes no decorrer do desenvolvimento da obra, como regra geral, são aplicadas as normas vigentes relativas aos contratos de empreitada previstos nos §631 ao §651 do BGB, considerando-se a natureza da prestação do incorporador (*Bauträger*), conforme esclarece Gregor Basty em sua obra:

Direitos e obrigações dos contratantes serão determinados no decorrer de um longo período de tempo durante o progresso da obra. Consistem em obrigações de colaboração e de cooperação do adquirente (*Auftraggeber*) (comparável ao §642 BGB<sup>159</sup>) – conforme o estado da obra em diferentes níveis de desenvolvimento – (por exemplo, a análise e busca dentro do tempo correto da instalação durante o desenvolvimento do projeto de construção). O pagamento conforme §3 alínea 2 da MaBV<sup>160</sup> não pressupõe que o adquirente deva apenas verificar o produto final da obra, mas também a obra em cada fase de desenvolvimento (...) <sup>161</sup>.

Neste sentido, Nils Kleine-Möller e Glöcker<sup>162</sup> esclarecem que, de acordo com a regra geral aplicável aos contratos de empreitada, o *Bauträgervertrag* deveria observar a

<sup>159</sup> „§ 642 Mitwirkung des Bestellers

(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.

(2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann“. ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), 2 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>>. Acesso em: 16 de novembro de 2012.

Tradução livre: “§642 Colaboração pelo Comprador

(1) Caso seja necessária uma ação pelo contratante durante a realização de uma empreitada, e o contratante por negligenciar nesta ação deixar de aceitar a entrega da obra, então poderá o contratado exigir do contratante uma compensação pela sua falta.

(2) O valor da compensação será determinado por um lado pelo tempo da mora do contratante e pelo valor da remuneração do contratado previamente acordado, e por outro lado pelo valor que o contratado pouparia ou pelo valor do seu trabalho caso exercido em outro projeto.”

<sup>160</sup> Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer (MaBV). Tradução livre: Decreto sobre as obrigações do corretor, corretor de contratos de empréstimos, incorporador imobiliário e construtor.

<sup>161</sup> Texto original: “Rechte und Pflichten der Vertragsteile werden über einen längeren Zeitraum durch das Fortschreiten des Baus bestimmt. Es bestehen – wenn auch je nach Sachverhalt in unterschiedlicher Ausprägung – Mitwirkungspflichten des Auftraggebers (vgl. §642 BGB) und Kooperationspflichten (z.B. das rechtzeitige Ausschauen von Ausstattungsgegenständen im Rahmen der Durchführung des Bauvorhabens). Die Zahlung nach Maßgabe des §3 Abs. 2 MaBV setzt nicht zuletzt voraus, dass der Erwerber nicht nur das Endprodukt, sondern den jeweiligen Bauzustand prüfen kann (...).“ BASTY, Gregor. **Der Bauträgervertrag**: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005. P. 7.

<sup>162</sup> “Nach allgemeinem Werkvertragsrecht steht dem Bauträger nach §641 Abs. 1 BGB eine Vergütung erst mit vollständiger Fertigstellung und Abnahme des Objekts zu. Dasselbe würde bei kaufrechtlicher

norma expressa no §641 inciso 1 do BGB, a qual regula a data de pagamento da remuneração ao empregado contratado, estabelecendo que “a remuneração deverá ser paga no momento da aceitação do trabalho”<sup>163</sup>. Não obstante isso, mesmo se se aplicasse a regra geral aplicável aos contratos de compra e venda, isto é, §322 do BGB<sup>164</sup>, o incorporador também só teria direito de receber o preço após a transmissão de propriedade do imóvel.

Este modelo do contrato de empreitada (*Werkvertrag*) para construção de casas não poderia funcionar bem em um contexto pós-segunda guerra mundial, no qual se fazia necessário reconstruir rapidamente as cidades alemãs devastadas pela guerra. Assim, a partir de março de 1951, com a entrada em vigor da Lei WEG (*Wohnungseigentumsgesetz*), foi aberta a possibilidade de se construir condomínios edilícios, garantindo ao incorporador (*Bauträger*) melhores condições para desenvolvimento do seu negócio<sup>165</sup>.

Na década de 1970, no entanto, este mercado imobiliário teve uma significativa mudança, não apenas por questões fiscais<sup>166</sup> – que ocasionaram o aumento do preço dos imóveis – mas também em função da diminuição do valor dos aluguéis de imóveis, ocasionando uma diminuição da rentabilidade deste tipo de investimento. Todos estes

Qualifikation gem. §320 BGB gelten, da auch der ‚Käufer‘ nur Zug-um-Zug gegen Verschaffung von Besitz und Eigentum am Objekt zur Zahlung verpflichtet wäre.“ KLEINE-MÖLLER, Nils e MERL, Heinrich. **Handbuch des privaten Baurechts**. 4 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2009. P. 200.

<sup>163</sup> “§ 641 Fälligkeit der Vergütung

(1) Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten. Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten.“ ALEMÁNHA. *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), 2 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>>. Acesso em: 16 de novembro de 2012.

<sup>164</sup> Tradução livre: “§320 Exceção do contrato não cumprido

(1) A parte de um contrato comutativo poderá recusar o cumprimento de sua prestação até que a outra parte cumpra a sua obrigação, a menos que seja obrigado a desempenhar sua obrigação antes da outra parte.”

Texto original: “§320 Einrede des nichterfüllten Vertrags.

(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist.(...)“

<sup>165</sup> Conforme relato de Glöckner: “Hauptgrund für die weitere Verbreitung der Bauträgetätigkeit war die Wohnungsnot und der teilweise katastrophale Zustand der verbliebenden Wohnung nach dem Zweiten Weltkrieg. (...) Das Wohnungseigentumsgesetz (WEG) vom 15. März 1951 eröffnet die Möglichkeit, Immobilieneigentum in Mehrgeschossobjekten zu erwerben. Immer mehr Häuser wurden in Bauträgerschaft gebaut.“ KLEINE-MÖLLER, Nils e MERL, Heinrich. **Handbuch des privaten Baurechts**. 4 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2009. P. 161.

Tradução livre: “O principal motivo para a proliferação da atividade da incorporação imobiliária (*Bauträgetätigkeit*) foi a necessidade urgente de apartamentos e o estado de relativa catástrofe dos imóveis que resistiram após a segunda guerra mundial. (...) A lei ‘*Wohnungseigentumsgesetz*’ (WEG) de 15 de março de 1951 abriu a possibilidade de realizar propriedades imobiliárias em mais de um andar. Mais casas foram sendo construídas por meio da incorporação imobiliária (*Bauträgerschaft*)”.

<sup>166</sup> Vide por exemplo a inserção do §7b na EStG (*Einkommensteuergesetz*). Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/estg/gesamt.pdf>>. Acesso: 16 de novembro de 2012.

fatores em conjunto culminaram com dificuldade de venda pelos incorporadores de milhares de apartamentos construídos por meio de incorporação imobiliária. Os imóveis construídos acabaram desvalorizados nas mãos de incorporadores, que não conseguiram compradores para seus produtos. Consequentemente, inúmeros incorporadores (*Bauträger*) foram à insolvência, prejudicando instituições financeiras e trabalhadores de construção.

Os adquirentes foram, no entanto, os menos afetados pelas falências, em virtude das regras legais previstas para o tempo de pagamento, acima mencionadas, isto é, como os adquirentes só pagavam o preço do imóvel ao recebê-lo pronto e acabado, não faziam investimentos antecipadamente no empreendimento. Em outras palavras, os adquirentes não figuravam como investidores desta operação econômica, mas tão somente como consumidores, carregando o menor risco dentre aquele suportado pelos outros partícipes desta operação.

Percebendo a fragilidade do sistema de financiamento imobiliário até então utilizado, no qual o recebimento por parte do incorporador do seu crédito imobiliário apenas no momento de conclusão da obra gerava um alto risco de insolvência do incorporador, foi necessário desenvolver um mecanismo de financiamento imobiliário peculiar ao *Bauträgervertrag* que pudesse suprir as necessidades inerentes a este tipo contratual.

Assim, em 1974 foi legislado decreto denominado MaBV (*Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer*), cuja criação foi autorizada pelo §34c Alínea 3 da *Gewerbeordnung* (GewO) – a qual regula a atividade de comercial – para que a atividade do comerciante (*Gewerbetreibende*) seja de certa forma restringida e suas obrigações de garantia perante os adquirentes definidas. Com isto, buscou-se a utilização antecipada pelo incorporador (*Bauträger*) de recursos dos adquirentes ao longo do desenvolvimento do negócio<sup>167</sup>.

<sup>167</sup> „§ 34c Makler, Anlageberater, Bauträger, Baubetreuer

(3) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zum Schutze der Allgemeinheit und der Auftraggeber Vorschriften zu erlassen über den Umfang der Verpflichtungen des Gewerbetreibenden bei der Ausübung des Gewerbes, insbesondere über die Verpflichtungen

1.ausreichende Sicherheiten zu leisten oder eine zu diesem Zweck geeignete Versicherung abzuschließen, sofern der Gewerbetreibende Vermögenswerte des Auftraggebers erhält oder verwendet,

(...).“

Tradução livre: §34 Corretor, Corretor de investimentos, Incorporador, “Supervisor de Construções”

O decreto MaBV estabelece diversas regras que restringem a atuação do incorporador (*Bauträger*), mas que também abrem a possibilidade de se exigir financiamento por parte dos adquirentes mediante a outorga das garantias legais prevista no referido decreto (*Verordnung*), as quais serão oportunamente analisados no próximo tópico deste estudo<sup>168</sup>.

Ocorre, no entanto, que usualmente o *Bauübertrag* é um contrato de adesão (*Formularvertrag*), porquanto é do próprio interesse do *Bauträger* que os contratos entre os diversos adquirentes não sejam diferentes em seu conteúdo. Ademais, por tratar-se de uma relação de consumo, conforme §310, inciso 3 do BGB<sup>169</sup>, há um controle maior sobre as

---

(3) O Ministério da Economia e Tecnologia está autorizado a editar um decreto (*Rechtsverordnung*), com a concordância da Assembleia de delegados dos estados federados (*Bundesrat*), para proteção da coletividade e dos adquirentes sobre a dimensão das responsabilidades dos comerciantes no exercício do comércio, especialmente sobre a responsabilidade de

1. outorgarem garantias suficientes ou um seguro com o mesmo propósito, para que o comerciante possa exigir dos adquirentes valores patrimoniais para sua utilização.”

<sup>168</sup> WILBERT, Peter. **Die Bedeutung der Makler- und Bauübertragverordnung für die Abwicklung von Bauübertrag- und Baubetreuungsverträgen**. 1981. 297 f. Tese para obtenção do grau de Doutorado em Direito na Universidade de Colônia (*Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln*). Colônia, Alemanha, 14 de dezembro de 1981. P. 155 e seguintes.

<sup>169</sup> „§ 310 Anwendungsbereich:

(3) Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung:

1. Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden;

2. § 305c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 dieses Gesetzes sowie Artikel 46b des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte;

3. bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.“ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), 2 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>>. Acesso em: 16 de novembro de 2012.

Tradução livre: “§310 Escopo de aplicação (referente aos Contratos de Adesão regidos pelos §305 a §310)

(3) Nos contratos entre um fornecedor e um consumidor (tais conceitos estão definidos nos §13 e §14 do BGB) aplicam-se as seguintes disposições conforme sua aplicação:

1. Termos e condições gerais vigorarão conforme o fornecedor tiver estabelecido, desde que os mesmos estejam apresentados ao consumidor dentro do contrato.

2. §305c inciso 2 e §306 e §307 ao §309 desta lei bem como artigo 46b da lei de introdução ao BGB também se aplicam às condições contratuais pré-estabelecidas, caso sejam definidos para apenas uma utilização e na medida em que o consumidor não tenha tido qualquer influência na formulação do seu conteúdo.

3. Na avaliação dos prejuízos indevidos causados de acordo com o §307 inciso 1 e 2 do BGB deverá ser levado em consideração também as circunstâncias envolvendo a conclusão do contrato.”

cláusulas contidas no *Bauträgervertrag* e sobre o adequado cumprimento dos deveres de informação por parte do incorporador (*Bauträger*)<sup>170</sup>.

A respeito deste controle maior sobre o conteúdo dos contratos de adesão de consumo, que normalmente instrumentalizam as incorporações imobiliárias na Alemanha, Gergor Basty esclarece que:

Cláusulas pré-formuladas nas condições contratuais, especialmente nos contratos consumeristas, tem de satisfazer as exigências do §305 e seguintes do BGB (a antiga lei *AGB-Gesetz*). Para a formação do contrato o mandamento da transparência possui especial significado, em seguida devem ser os requisitos fáticos e as consequências jurídicas das normas tão bem descritas, que para o operador do direito não haja espaço para uma avaliação injustificada e para o outro contratante que seus direitos e deveres possam ser facilmente e claramente verificados sem qualquer ajuda externa<sup>171</sup>.

Há um controle ainda maior da observância das regras pertinentes aos contratos de adesão e de consumo acima retratadas quando há incidência das normas previstas no decreto MaBV, de modo que a simples observância das restrições impostas pelo decreto MaBV na formação do contrato e no próprio exercício da atividade não são suficientes.

<sup>170</sup> Vide neste sentido os comentários de Dr. Johann Kuffer e Prof. Dr. Axel Wirth a respeito da aplicação das normas sobre contratos de adesão no *Bauträgervertrag*: “Nach der Schuldrechtsreform haben sich keine besonderen Änderungen ergeben. Allenfalls ist auf das Transparenzgebot zu verweisen, das früher aus §9 AGB-Gesetz ausgeleitet wurde. Im Umsetzung der Rechtsprechungen des Europäischen Gerichtshofes ist dies Transparenzgebot ausdrücklich in §307 Abs. 1 Satz 2 BGB nominiert worden. Eine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers kann sich somit auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung oder vor allem die Baubeschreibung gem. §10 Abs. 4 Nr. 1 MaBV nicht klar und verständlich ist.“ KUFFER, Johann; WIRTH, Axel. **Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht**. Colônia: Wolters Kluwer, 2008. P. 862.

Tradução livre“ Após a reforma do Direito das Obrigações não surgiram mudanças especiais [na matéria]. De todo modo o mandamento da transparência deve ser referido, o qual antes era deduzido do §9 da lei AGB-Gesetz. Concretizando a jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia (*Europäischer Gerichtshof*) o mandamento da transparência é trazido explicitamente no §307 inciso 1 primeira oração do BGB. Um prejuízo indevido aos adquirentes poderá advir da estipulação ou acima de tudo da descrição da obra de forma não clara e não compreensível conforme §10 inciso 4 número 1 da MaBV.”

<sup>171</sup> Texto original: “Klauseln in vorformulierten Vertragsbedingungen, insbesondere in Verbraucherverträgen, müssen den Anforderungen der §§305 ff. BGB (dem früheren AGB-Gesetz) genügen. Für die Vertragsgestaltung hat dabei nicht zuletzt das Transparenzgebot (näher Rdn. 835ff.) besondere Bedeutung; danach sind die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Regelungen so genau zu beschreiben, dass einerseits für den Verwender keine unrechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen und andererseits der Verspartner seine Rechte und Pflichten ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach feststellen kann.“ BASTY, Gregor. **Der Bauträgervertrag: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung**. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005. P. 11.

Com a modernização do direito das obrigações no Direito alemão em 2002<sup>172</sup> foi inserido o §632a no BGB, o qual abre a possibilidade ao incorporador (*Bauträger*) receber pagamentos parciais e parcelados referentes à aquisição do imóvel em construção (*Abschlagszahlungen*), a fim de se diluir a responsabilidade de financiamento do empreendimento imobiliário do incorporador (*Bauträger*), transferindo de certa forma parte de seu risco ao adquirente.

O decreto MaBV já previa em seus §3 e §7, que o incorporador (*Bauträger*) poderia receber adiantadamente valores dos adquirentes, caso cumprisse determinadas condições – outorga de garantia. No entanto, não havia regulação específica de como se daria este “adiantamento de valores”<sup>173</sup>. O §632a do BGB, por sua vez, estabeleceu que o incorporador (*Bauträger*) poderia exigir um pagamento parcial (*Abschlagszahlung*) dos adquirentes antes da conclusão da obra.

O conceito de “pagamento parcial” (*Abschlagszahlung*) é definido pelo §16 n° 1 do regulamento VOB/B<sup>174</sup> como sendo aqueles valores “concedidos para pagamento em determinado tempo e em montante igual ao valor da contraprestação contratual prestada”<sup>175</sup>. Com isso, pode-se dizer que incorporador (*Bauträger*) só poderá exigir o pagamento do valor correspondente ao trabalho até então desempenhado, considerando o desenvolvimento da construção do empreendimento.

<sup>172</sup> A lei alemã de modernização do Direito das obrigações („*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*“) foi publicada em 26 de novembro de 2001, e entrou em vigor em 1 de janeiro de 2002. Vide: <http://www.juralink.de/news/SchuldR-Reform/BGB1.pdf> ; [http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/art\\_229\\_5.html](http://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/art_229_5.html)

<sup>173</sup> „§ 3 Besondere Sicherungspflichten für Bauträger

(1) Der Gewerbetreibende darf in den Fällen des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchstabe a der Gewerbeordnung, sofern dem Auftraggeber Eigentum an einem Grundstück übertragen oder ein Erbbaurecht bestellt oder übertragen werden soll, Vermögenswerte des Auftraggebers zur Ausführung des Auftrages erst entgegennehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen, wenn (...)“.

<sup>174</sup> „Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen“. Tradução livre: Regulamento sobre adjudicação e contratos para prestação de serviços de construção Parte B: Condições gerais dos contratos para a execução de serviços de construção. Disponível em: < <http://dejure.org/gesetze/VOB-B> >. Acesso em 17 de novembro de 2012.

<sup>175</sup> “§ 16 Zahlung

(1) 1. Abschlagszahlungen sind auf Antrag in möglichst kurzen Zeitabständen oder zu den vereinbarten Zeitpunkten zu gewähren, und zwar in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistungen einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrages. (...). ALEMANHA. Regulamento VOB/B - *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen*. 31 de julho de 2009. . Disponível em: < <http://dejure.org/gesetze/VOB-B> >. Acesso em 17 de novembro de 2012.

Na doutrina muito se discutiu como se daria esta contraprestação do incorporador (*Bauträger*) em mesmo valor ao do pagamento parcial do adquirente<sup>176</sup>, até que a redação do §632a do BGB foi alterada para determinar que a contraprestação do incorporador (*Bauträger*) deveria ocasionar o aumento do patrimônio do adquirente na mesma medida em que o pagamento do preço parcelado tenha aumentado o patrimônio do incorporador (*Bauträger*).

Ocorre, no entanto, que as garantias previstas no decreto MaBV para assegurar o recebimento antecipado de fundos pelo incorporador (*Bauträger*) não possibilitam este aumento do patrimônio do adquirente por meio da contraprestação do incorporador (*Bauträger*), como no próximo tópico se verá com maiores detalhes.

Em 23 de maio de 2001 foi promulgado o decreto denominado “*Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerträgen*”<sup>177</sup>, o qual estabelece em seu §1<sup>178</sup> que o pagamento parcial (*Abschlagszahlung*) no *Bauträgervertrag* somente poderá ser acordado pelas partes se cumprirem as disposições do decreto MaBV.

Nesta medida, a interpretação literal do conceito de *Abschlagszahlung*, no que toca à exigência de haver uma exata contraprestação do incorporador (*Bauträger*) em relação às parcelas adiantadas pelos adquirentes, conquanto tenha sido bastante discutida, foi rejeitada pela doutrina majoritária<sup>179</sup> e pela jurisprudência<sup>180</sup>, pois seria de difícil concretização diante do tráfico regular comercial deste tipo de negócio jurídico.

<sup>176</sup> .“ KLEINE-MÖLLER, Nils e MERL, Heinrich. **Handbuch des privaten Baurechts**. 4 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2009. P. 201.

<sup>177</sup> Tradução livre: Decreto sobre pagamento parcial nos contratos *Bauträgervertrag*. ALEMANHA. *Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerträgen*. 23 de maio de 2001. Disponível em: < <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/abschlagsv/gesamt.pdf> >. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

<sup>178</sup> Redação original: „§ 1 Zulässige Abschlagszahlungsvereinbarungen  
In Werkverträgen, die die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks auf einem Grundstück zum Gegenstand haben und zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthalten, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen, kann der Besteller zur Leistung von Abschlagszahlungen entsprechend § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung unter den Voraussetzungen ihres § 3 Abs. 1 verpflichtet werden. Unter den Voraussetzungen des § 7 der Makler- und Bauträgerverordnung kann der Besteller auch abweichend von ihrem § 3 Abs. 1 und 2 zur Leistung von Abschlagszahlungen verpflichtet werden. § 632a Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs findet Anwendung.“. ALEMANHA. *Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerträgen*. 23 de maio de 2001. Disponível em: < <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/abschlagsv/gesamt.pdf> >. Acesso em: 18 de novembro de 2012.

<sup>179</sup> KLEINE-MÖLLER, Nils e MERL, Heinrich. **Handbuch des privaten Baurechts**. 4 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2009; STAUDINGER, Julius von, ALBRECHT, Karl-Dieter, BALDUS, Christian e BAR, Christian von. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und**

A este respeito, nos comentários ao BGB de Staudinger, Peters e Jacoby, os autores referem inclusive que dependendo do estado de desenvolvimento da obra os serviços de construção poderão até mesmo diminuir o valor do imóvel como, por exemplo, quando é feita uma grande escavação para início da construção<sup>181</sup>.

Assim, face ao sistema de financiamento imobiliário proporcionado pela MaBV, possibilitando o pagamento parcelado pelos adquirentes, deve-se verificar quais foram as garantias criadas pelo sistema alemão para sustentar essa exceção à regra geral prevista no §641 do BGB, na qual o pagamento do preço da obra seria devido apenas com a entrega do imóvel pronto e acabado. Passa-se assim à análise das duas principais garantias legais previstas no §3 e §7 da MaBV, dentro do contexto da dinâmica da operação econômica da incorporação imobiliária na Alemanha.

## **2.2. As garantias legais aos adquirentes previstas no decreto *Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer – MaBV* (Decreto sobre as obrigações do corretor, corretor de contratos de empréstimos, incorporador imobiliário e construtor)**

A restrição à abordagem tão somente das garantias legais previstas para o *Bauträgervertrag* nas hipóteses de pagamento parcial do preço (*Abschlagszahlung*), dá-se, pois se busca por meio desta análise comparatista confrontar o mesmo problema jurídico-social encontrado tanto no Brasil quanto na Alemanha: o financiamento imobiliário por meio dos adquirentes e seus riscos<sup>182</sup>. Assim, a análise tão somente das garantias

---

**Nebengesetzen**. 13 ed. Berlim: Sellier- de Gruyter, 2008; BASTY, Gregor. **Der Bauträgervertrag**: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005. Em sentido distinto, vide: MESSERSCHMIDT, Burkhard e VOIT, Wolfgang. **Privates Baurecht**. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2008.

<sup>180</sup> ALEMANHA. *Bundesgerichtshof* – BGH (Tribunal Constitucional). Decisão (*Urteil*) 268/05. VII ZR. 22 de março de 2007. Disponível em: < <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2007-3-22&nr=39877&pos=27&anz=28> >. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

<sup>181</sup> STAUDINGER, Julius von, ALBRECHT, Karl-Dieter, BALDUS, Christian e BAR, Christian von. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. 13 ed. Berlim: Sellier- de Gruyter, 2008. P. 226.

<sup>182</sup> O método comparatista funcional esclarece que a comparação entre dois sistemas jurídicos deverá basear-se em um critério constante entre os sistemas jurídicos analisados, o qual em tese poderia ser tanto o instituto jurídico quanto o problema jurídico-social. No entanto, Ralf Michaels observa que como as instituições jurídicas não são universais cabe utilizar-se os problemas jurídicos-sociais como critérios comparatistas. Assim, o autor explica que “Mesmo se institutos jurídicos forem compreendidos como uma resposta às

outorgadas usualmente aos adquirentes no Direito alemão possibilitará esta restrita análise comparatista.

Portanto, as garantias legais previstas no decreto *Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer* – MaBV, conforme acima analisado, fazem parte de um sistema construído para possibilitar o financiamento imobiliário das incorporações imobiliárias também por parte dos adquirentes.

Trata-se de regras proibitivas de acordos contratuais no que toca ao tempo do pagamento em sentido contrário à regra geral prevista no §641 do BGB – qual seja, o preço do imóvel somente será devido após a conclusão e entrega da obra pronta – caso não se observe as exigências legais estabelecidas no decreto MaBV. Em outras palavras, o MaBV estabelece critérios legais para o recebimento antecipado pelo incorporador (*Bauträger*) de parte do preço do contrato conforme o desenvolvimento da obra, as quais caso inobservadas impossibilitam a contratação pelas partes desta forma de pagamento.

O acordo em torno da antecipação de valores por parte do adquirente ao incorporador em desrespeito às exigências legais estabelecidas no MaBV, causará a nulidade da cláusula contratual estipulada, de acordo com o §3<sup>183</sup> e §12<sup>184</sup> do MaBV cumulados com o §134<sup>185</sup> do BGB.

---

necessidades sociais, eles não são gerados por essas necessidades no sentido de uma necessidade lógica. Eles são respostas contingentes a essas necessidades, as quais podem ser identificadas com outras possíveis respostas, os equivalentes funcionais, que não foram escolhidos.” (Tradução livre). MICHAELS, Ralf. **The functional method of comparative law**. (In) REIMANN, Mathias e ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1249](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1249)> Acesso em: 14 de agosto de 2012. P. 369. Neste estudo busca-se então verificar as diferentes respostas por meio de sua funcionalidade dentro do mesmo problema social. Quais garantias mitigam da melhor maneira o risco da incorporação imobiliária aos adquirentes?

<sup>183</sup> Tradução livre: § 3 Exigências especiais para Bauträger (“incorporadores”)

(1) O comerciante, de acordo com o conceito do § 34c inciso 1 letra número. 4 a do GewO, somente poderá receber ou deixar que seja recebido em seu nome fundos dos adquirentes para execução do seu encargo, caso o adquirente tenha contratado a transferência da propriedade ou do direito de superfície sobre o imóvel, e caso 1. O contrato entre o comerciante e o adquirente seja legalmente válido e contenha todas as aprovações necessárias para a sua conclusão, confirmou essas condições; estes requisitos deverão ser confirmados por escrito por um Notário e o comerciante não poderá ter nenhum direito de renúncia;

2. Seja registrado no registro de imóveis para garantia do adquirente o seu direito de receber a propriedade ou direito de superfície sobre o imóvel na ordem de preferência acordada; caso se refira a direito de propriedade ou parte de direito de propriedade ou de parte de direito de superfície, também será necessário registrar no registro de imóveis a fundamentação deste direito;

3. Seja garantido que não há quaisquer ônus sobre o imóvel, que se sobreponham ou se igualem ao registro de direito sobre o imóvel referido na alínea 2, e mesmo no caso em que o projeto de obra não esteja concluído;

4. Tenha sido concedida a licença de construção, ou caso não haja uma licença de construção ou caso a mesma não seja obrigatória,

Conforme explica Gregor Basty, trata-se de uma proteção mínima garantida aos adquirentes/consumidores, porquanto “o seu interesse primário na conclusão da obra livre de vícios não é assegurada”<sup>186</sup>. O objetivo, pois, das garantias previstas no MaBV consiste precisamente em assegurar o montante investido antecipadamente pelos adquirentes no empreendimento imobiliário.

Neste sentido, o decreto MaBV outorga ao incorporador duas possibilidades: concessão da garantia (*Sicherung*)<sup>187</sup> prevista no §3 e da garantia (*Sicherheit*) prevista no §7 da MaBV. Tais normas são entendidas como as peças-chaves (*Kernstücke*) do MaBV<sup>188</sup>, pois estabelecem como se dará a proteção dos adquirentes neste sistema de financiamento imobiliário.

a) tenha sido confirmada pela autoridade competente, que

aa) o licençador de construção esteja em vigor, ou

bb) de acordo com as regras de direito de construção o projeto de construção possa iniciar, ou

b) Se essa confirmação não for fornecida, foi confirmada pelo comerciante que

aa) o licençador de construção esteja em vigor, ou

bb) de acordo com as regras de direito de construção o projeto de construção possa iniciar-se após o recebimento desta confirmação pelo adquirente pelo menos um mês se passou.” ALEMANHA. *Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer (MaBV)*, 23 de maio de 2001. Disponível em: < [http://www.gesetze-im-internet.de/gewo\\_34cdv/\\_3.html](http://www.gesetze-im-internet.de/gewo_34cdv/_3.html)>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

<sup>184</sup> “§ 12 Unzulässigkeit abweichender Vereinbarungen

Der Gewerbetreibende darf seine Verpflichtungen nach den §§ 2 bis 8 sowie die nach § 2 Abs. 1 zu sichernden Schadensersatzansprüche des Auftraggebers durch vertragliche Vereinbarung weder ausschließen noch beschränken.“ ALEMANHA. *Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer (MaBV)*, 23 de maio de 2001. Disponível em: < [http://www.gesetze-im-internet.de/gewo\\_34cdv/\\_12.html](http://www.gesetze-im-internet.de/gewo_34cdv/_12.html) >. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

Tradução livre: “§12 Proibição de acordos em sentido contrário

O comerciante não poderá restringir ou excluir suas obrigações conforme os §2 ao §8 bem como a pretensão de indenização do adquirente do §2 alínea 1 por meio de um acordo contratual.”

<sup>185</sup> “§ 134 Gesetzliches Verbot

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.“. ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, 2 de janeiro de 2002. Disponível em: < <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

Tradução livre: “§134 Proibição leal

Um negócio jurídico que infringe uma proibição legal é nulo, se não houver lei em sentido contrário.”

<sup>186</sup> BASTY, Gregor. **Der Bauträgervertrag**: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005. P. 40.

<sup>187</sup> No Direito alemão há uma diferença entre a noção de *Sicherung* em relação a *Sicherheit*. Ambas seriam espécies de garantias contratuais, no entanto, enquanto que *Sicherheit* constitui uma pretensão de garantia decorrente de determinados direitos contratuais; *Sicherung*, por sua vez, assegura uma pretensão contratual sem criar uma nova pretensão de garantia. MESSERSCHMIDT, Burkhard; VOIT, Wolfgang. **Privates Baurecht**: Kommentar zu §§631 ff. BGB. Band 60. Munique: C.H. Beck München, 2008. P. 367.

<sup>188</sup> KLEINE-MÖLLER, Nils e MERL, Heinrich. **Handbuch des privaten Baurechts**. 4 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2009. P. 203; HANSEN, Ewald; NITSCHKE, Volker e BROCK, Harald. **Bauträgerrecht**: Planung, Finanzierung, Vertrag, Abwicklung. Neuwied: Werner VerP. 275.lag, 2006.

O §3, inciso 1 do MaBV estabelece quatro exigências ao incorporador (*Bauträger*) para que possa exigir o pagamento parcelado do adquirente, conforme tradução livre da referida norma:

**§ 3 Exigências especiais para *Bauträger* (“incorporadores”)**

(1) O comerciante, de acordo com o conceito do § 34c inciso 1 letra número. 4 a do GewO, somente poderá receber ou deixar que seja recebido em seu nome fundos dos adquirentes para execução do seu encargo, caso o adquirente tenha contratado a transferência da propriedade ou do direito de superfície sobre o imóvel, e caso

1. O contrato entre o comerciante e o adquirente seja legalmente válido e contenha todas as aprovações necessárias para a sua conclusão; estes requisitos deverão ser confirmados por escrito por um Notário e o comerciante não poderá ter nenhum direito de renúncia;

2. Seja registrado no registro de imóveis para garantia do adquirente o seu direito de receber a propriedade ou o direito de superfície sobre o imóvel na ordem de preferência acordada; caso se refira a direito de propriedade ou parte de direito de propriedade ou de parte de direito de superfície, também será necessário registrar no registro de imóveis a fundamentação deste direito;

3. Seja garantido que não há quaisquer ônus sobre o imóvel, que se sobreponham ou se igualem ao registro de direito sobre o imóvel referido na alínea 2, mesmo no caso em que o projeto de obra não esteja concluído;

4. Tenha sido concedida a licença de construção, ou caso não haja uma licença de construção ou caso a mesma não seja obrigatória,

a) tenha sido confirmada pela autoridade competente, que

aa) licença de construção esteja em vigor, ou

bb) de acordo com as regras de direito de construção o projeto de construção possa iniciar, ou

b) Se essa confirmação não for fornecida, foi confirmada pelo comerciante que

aa) licença de construção esteja em vigor, ou

bb) de acordo com as regras de direito de construção o projeto de construção possa iniciar, e após o recebimento desta confirmação pelo adquirente pelo menos um mês se passou.”<sup>189</sup> (grifos nossos)

A primeira exigência é que o contrato seja válido como um todo, contendo, portanto, todas as autorizações eventualmente exigidas por lei (por exemplo, do representante legal do contratante, do cônjuge de uma das partes, dependendo do regime de bens do casamento, etc). Gregor Basty ressalta ainda que dependendo do estado federativo na Alemanha, onde se situe o empreendimento imobiliário, pode ser exigida uma autorização para parcelar o imóvel para formação do condomínio edilício, a qual já deve ter sido obtida pelo incorporador para que se adeque às exigências do §3, inciso 1, número 1 do MaBV.

<sup>189</sup> ALEMANHA. *Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer* (MaBV), 23 de maio de 2001. Disponível em: < [http://www.gesetze-im-internet.de/gewo\\_34cdv/12.html](http://www.gesetze-im-internet.de/gewo_34cdv/12.html) >. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

Além disso, é importante ressaltar que é vedado ao incorporador (*Bauträger*) estabelecer no contrato um direito de desistência a seu favor. Por fim, caberá ao notário cientificar por escrito a validade do contrato (*Bauträgervertrag*). Note-se, no entanto, que a nulidade de apenas uma cláusula não impedirá esta declaração por escrito do notário, na medida em que em determinados casos este vício não invalidará o contrato como um todo.<sup>190</sup>

A segunda exigência, talvez a mais relevante e que traga maior segurança ao adquirente, é o dever do incorporador de registrar no registro de imóveis o direito expectativo do adquirente frente à sua quota-parte no empreendimento imobiliário (*Eigentumsvormerkung*). Trata-se de uma inscrição de uma anotação no registro de imóveis referente à pretensão de direito de propriedade sobre o imóvel objeto de aquisição por meio do *Bauträgervertrag*. A respeito desta exigência, Gregor Basty esclarece:

Para garantir a pretensão do adquirente de receber a propriedade do imóvel ou transferência do direito de superfície sobre o imóvel deverá ser feita uma inscrição conforme §883 do BGB (*Auflassungsvormerkung, Eigentumsvormerkung*) em determinada ordem de preferência no registro de imóveis, antes que o *Bauträger* possa receber a contraprestação. Para isso o *Bauträger* é obrigado a uma razoável prestação adiantada. Ele poderá apenas eximir-se desta obrigação caso escolha prestar a garantia prevista no §7 da MaBV.<sup>191</sup>

Conforme disposto no §883 do BGB<sup>192</sup>, quando é feita esta inscrição no registro de imóveis deste direito expectativo de receber a propriedade do imóvel, protege-se o

<sup>190</sup> BASTY, Gregor. *Der Bauträgervertrag: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung*. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005. P. 135-149.

<sup>191</sup> BASTY, Gregor. *Der Bauträgervertrag: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung*. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005. P. 149.

<sup>192</sup> “§ 883 Voraussetzungen und Wirkung der Vormerkung

(1) Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig.

(2) Eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgt.

(3) Der Rang des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung.“ ALEMANHA. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, 2 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>>. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

Tradução livre: „§883 Requisitos e eficácia da anotação

adquirente frente a qualquer direito obrigacional sobre o imóvel, na medida em que a mesma será ineficaz relativamente ao direito protegido pela inscrição no registro de imóveis em favor do adquirente<sup>193</sup>.

A terceira exigência diz respeito à necessidade de não haver qualquer outro direito ou ônus gravando o imóvel com preferência igual ou superior àquela do direito de receber a propriedade do bem pelo adquirente. Trata-se de uma das exigências mais difíceis de serem satisfeitas na prática pelos incorporadores alemães, pois como regra geral – do mesmo modo como ocorre no Direito brasileiro – o incorporador financia parte do empreendimento imobiliário por meio de empréstimos bancários, os quais usualmente são garantidos por uma garantia própria do Direito alemão chamada *Grundschild*<sup>194</sup>, a qual quando garantida na forma de *Globalgrundschild* atinge a totalidade do imóvel.

No caso de o incorporador haver onerado a integralidade do imóvel com uma *Globalgrundschild*, para que cumpra com os requisitos do §3, inciso 1, Número 3 do MaBV, deverá ser liberada a *Grundschild* de pelo menos a quota-parte do adquirente, com o qual o incorporador estiver fazendo o negócio. Conforme observa, Hansen, Nitschke e Brock, apenas a outorga de posição de preferência superior à anotação do direito do adquirente em relação à sua garantia sobre o imóvel não atenderia os requisitos do MaBV<sup>195</sup>.

A quarta exigência imposta pelo MaBV é que haja sido outorgado ao incorporador todas as licenças necessárias para que possa dar início à construção do empreendimento,

(1) Para garantir a pretensão de garantir ou cancelar um direito sobre um imóvel ou o direito de onerar um imóvel ou de alterar o conteúdo ou a ordem de preferência de tal direito poderá ser inscrita uma anotação no registro de imóveis. A inscrição de uma anotação também é permitida para garantia de pretensões futuras ou condicionadas.

(2) Uma determinação que seja feita, após a inscrição da anotação referente a um imóvel ou um direito, é ineficaz na extensão que iria afetar ou prejudicar a pretensão anotada. Também se aplica nos casos em que a determinação seja oriunda de uma execução judicial ou por meio de um administrador de falências.

(3) A preferência do direito, cuja pretensão esteja sendo garantida, é determinada após a inscrição da anotação.”

<sup>193</sup> KLEINE-MÖLLER, Nils e MERL, Heinrich. **Handbuch des privaten Baurechts**. 4 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2009. P. 204.

<sup>194</sup> A garantia denominada *Grundschild* é uma espécie de hipoteca, com a diferença de não possui a característica da acessoriedade que a hipoteca possui. Neste sentido, Christoph Fabian esclarece ao tratar da fidúcia em proveito próprio do Direito alemão: “Na prática, a transferência de bens imóveis por garantia é um instituto raramente utilizado. Em vez deste instituto, os institutos financeiros costumam pedir a *Grundschild* (dívida territorial ou fundiária, §1191 BGB), um direito de garantia como a hipoteca, mas sem a acessoriedade.” FABIAN, Christoph. **Fidúcia: Negócios Fiduciários e Relações Externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. P. 167.

<sup>195</sup> HANSEN, Ewald; NITSCHKE, Volker e BROCK, Harald. **Bauträgerrecht: Planung, Finanzierung, Vertrag, Abwicklung**. Neuwied: Werner Verlag, 2006. P. 283, 284.

garantindo desta forma aos adquirentes que ao menos as condições necessárias para início da obra do empreendimento imobiliário já foram providenciadas.

Há ainda outro empecilho à outorga pelo incorporador (*Bauträger*) aos adquirentes da garantia (*Sicherung*) prevista no §3 do MaBV, qual seja, a exigência de que o pagamento parcelado seja em até sete vezes, conforme previsto no inciso 2 do §3 do MaBV<sup>196</sup>, o que na prática comercial acaba dificultando a conclusão do negócio entre os contratantes, pois parcelar o pagamento de um imóvel em apenas 7 vezes pode ser bastante oneroso ao adquirente.

Alternativamente, para que possa exigir o pagamento parcial (*Abschlagszahlung*) dos adquirentes, o incorporador poderá prestar a garantia prevista no §7 do MaBV, a qual consiste na outorga de uma fiança bancária. Com isso, percebe-se que na prática os contratos de incorporação imobiliária ou *Bauträgerverträgen* acabam sendo garantidos por meio da fiança prevista no §7 da MaBV, pois fica liberado de atender a todos os requisitos estabelecidos no §3 do MaBV. Ademais, a fiança garante plenamente a pretensão de restituição dos fundos investidos dos adquirentes, em caso de descumprimento contratual ou falência do incorporador.

Assim, de acordo com o decreto MaBV a concessão da fiança prevista no §7 da MaBV seria uma exceção à regra geral de garantia (*Sicherung*) conforme o §3 da MaBV. A

---

<sup>196</sup> “§3 Exigências especiais para Bauträger (“incorporadores”)

(2) O comerciante poderá, na hipótese prevista no inciso 1, receber ou deixar que terceiro receba em seu nome fundos dos adquirentes em até 7 parcelas de acordo com o andamento da construção. As parcelas poderão ser constituídas das seguintes percentagens:

1. 30% do preço do contrato no caso, em que a propriedade sobre o imóvel deva ser transferida, ou 20% no caso em que direito de superfície tenha sido requerido ou deva ser transferido, após o início das escavações no terreno,

2. o resto do preço do contrato:

-40% após a conclusão da obra de alvenaria, inclusive o trabalho de carpinteiros,

-8% com o fornecimento do telado e das calhas,

-3% com a instalação do sistema de calefação,

-3% com a instalação da estrutura sanitária,

-3% com a instalação da estrutura elétrica,

-10% com a colocação das janelas e vidros,

-6% com os rebocos internos, exceto os serviços de colocação de reboco,

-3% com a colocação do assoalho,

-4% com a colocação dos azulejos nos sanitários,

-12% após a conclusão da obra para fins de moradia,

-3% com os trabalhos realizados na fachada,

-5% após a conclusão da obra.” ALEMANHA. *Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer* (MaBV), 23 de maio de 2001. Disponível em: < [http://www.gesetze-im-internet.de/gewo\\_34cdv/\\_12.html](http://www.gesetze-im-internet.de/gewo_34cdv/_12.html) >. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

fiança assim se encaixaria no conceito de *Sicherheit*, na medida em que assegura uma pretensão a um direito de restituição dos valores investidos no empreendimento imobiliário. Neste sentido, a fiança funcionará como uma espécie de seguro, o qual garantirá a devolução do valor exato investido. Não se trata, pois, de uma garantia ao cumprimento das obrigações do incorporador de construção do empreendimento imobiliário e de transferência da propriedade da unidade imobiliária, como observa Gregor Basty em sua obra<sup>197</sup>.

É importante frisar que há três esferas desta garantia que devem ser diferenciadas: a contratação entre o incorporador (*Bauträger*) e o adquirente no que toca ao pagamento parcelado e à obrigação de prestar uma fiança nos termos do §7 do decreto MaBV, o contrato de fiança celebrado entre adquirente e a instituição bancária fiadora (*Bürgschaftsvertrag*), e o contrato celebrado entre o incorporador (*Bauträger*) e a instituição financeira, no qual ficam acertadas as condições da prestação de fiança por parte do banco e as contraprestações do *Bauträger* (*Avalkreditvertrag*).

O contrato feito entre a instituição financeira e o incorporador (*Avalkreditvertrag*) usualmente prevê o pagamento de uma remuneração anual à instituição financeira correspondente à uma porcentagem sobre o valor garantido pela fiança<sup>198</sup>. A este respeito Gregor Basty refere que “a garantia do fiador usualmente se dá ou por meio de uma garantia real (*Grundpfandrechteintragungen*) sobre o objeto do contrato [empreendimento imobiliário], ou por cessão da pretensão do *Bauträger* decorrente do *Bauträgervertrag* e/ou por meio de um empenho (*Verpfändung*) sobre a conta bancária na qual o *Bauträger* recebe os pagamentos dos adquirentes”<sup>199</sup>.

A obrigação do banco fiador perante os adquirentes decorrente do contrato de fiança (*Bürgschaftsvertrag*) é acessória à obrigação principal do incorporador (*Bauträger*), isto é, com a conclusão da obra a fiança se extinguirá. Ressalte-se, no entanto, que a fiança deverá

---

<sup>197</sup> BASTY, Gregor. **Der Bauträgervertrag**: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005. P. 293.

<sup>198</sup> MESSERSCHMIDT, Burkhard; VOIT, Wolfgang. **Privates Baurecht**: Kommentar zu §§631 ff. BGB. Band 60. Munique: C.H. Beck München, 2008. P. 372.

<sup>199</sup> BASTY, Gregor. **Der Bauträgervertrag**: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005. P. 285.

garantir tão somente “as eventuais pretensões de restituição dos fundos parceladamente adiantados”<sup>200</sup> pelos adquirentes, conforme §7, inciso 1 do MaBV.

Há, por outro lado, previsão legal de prestação de garantia por parte do incorporador que assegure a pretensão dos adquirentes/consumidores de receber o imóvel dentro do prazo acertado e sem vícios de construção, conforme no sentido do §13 e §632a, inciso 3 do BGB. Em outras palavras, caso o contratante for um consumidor, o objeto do contrato for a construção de uma casa ou de outra obra de construção semelhante e o pagamento for feito de forma parcelada (*Abschlagszahlung*), deverá o fornecedor outorgar uma garantia pelo cumprimento das obrigações contratuais acertadas no *Bauträgervertrag* dentro do prazo e sem vícios de construção no montante de 5% do valor do preço do contrato<sup>201</sup>.

Staudingers, Jacoby e Peters esclarecem que a norma prevista no §632 a, inciso 3 do BGB não estabelece uma garantia no sentido de *Sicherheit*, mas sim um direito de retenção de parte da primeira parcela do pagamento do preço<sup>202</sup>, o que consistiria em uma garantia contratual no sentido de uma *Sicherung*. O objetivo de tal garantia legal seria proteger os consumidores frente a danos decorrentes da não entrega da obra e da necessidade de se

<sup>200</sup> „§ 7 Ausnahmევorschrift

(1) Gewerbetreibende im Sinne des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchstabe a der Gewerbeordnung, die dem Auftraggeber Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen haben, sind von den Verpflichtungen des § 3 Abs. 1 und 2, des § 4 Abs. 1 und der §§ 5 und 6, die übrigen Gewerbetreibenden im Sinne des § 34c Abs. 1 der Gewerbeordnung sind von den Verpflichtungen des § 2, des § 3 Abs. 3 und der §§ 4 bis 6 freigestellt, sofern sie Sicherheit für alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 geleistet haben. § 2 Abs. 2, Abs. 4 Satz 2 und 3 und Abs. 5 Satz 1 gilt entsprechend. In den Fällen des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Buchstabe a der Gewerbeordnung, in denen dem Auftraggeber Eigentum an einem Grundstück übertragen oder ein Erbbaurecht bestellt oder übertragen werden soll, ist die Sicherheit aufrechtzuerhalten, bis die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 erfüllt sind und das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt ist. Ein Austausch der Sicherungen der §§ 2 bis 6 und derjenigen des § 7 ist zulässig.“ ALEMÁNHA. *Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehensvermittler, Bauträger und Baubetreuer* (MaBV), 23 de maio de 2001. Disponível em: < [http://www.gesetze-im-internet.de/gewo\\_34cdv/\\_12.html](http://www.gesetze-im-internet.de/gewo_34cdv/_12.html) >. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

<sup>201</sup> Redação original da norma: “(3) Ist der Besteller ein Verbraucher und hat der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand, ist dem Besteller bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel in Höhe von 5 vom Hundert des Vergütungsanspruchs zu leisten. Erhöht sich der Vergütungsanspruch infolge von Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages um mehr als 10 vom Hundert, ist dem Besteller bei der nächsten Abschlagszahlung eine weitere Sicherheit in Höhe von 5 vom Hundert des zusätzlichen Vergütungsanspruchs zu leisten. Auf Verlangen des Unternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu dem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält.“ ALEMÁNHA. *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), 2 de janeiro de 2002. Disponível em: < <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> >. Acesso em: 17 de novembro de 2012.

<sup>202</sup> STAUDINGER, Julius von, ALBRECHT, Karl-Dieter, BALDUS, Christian e BAR, Christian von. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. 13 ed. Berlin: Sellier- de Gruyter, 2008. P. 239.

contratar outra empresa para terminar o trabalho, ou decorrentes da mora, ou ainda decorrentes de vícios constantes na construção verificados pelo adquirente no decorrer da construção ou no momento do recebimento do imóvel.

Percebe-se com o todo exposto que há diversas semelhanças entre o sistema de financiamento imobiliário da incorporação imobiliária no Direito alemão em comparação com o Direito brasileiro, há, entretanto, diferenças notáveis que resultam na mitigação de forma diversa dos riscos inerentes a tal operação econômica.

A fiança bancária prevista pelo §7 do MaBV na prática outorga aos adquirentes uma forte segurança de que, ao menos, o investimento feito no empreendimento imobiliário não estará perdido frente a um inadimplemento por parte do incorporador ou em caso de falência do mesmo, haja vista que o adquirente recebe uma garantia de reforço quantitativo sobre o sólido patrimônio de uma instituição bancária. O banco terá a obrigação de restituir todos os valores investidos pelo adquirente, ocasionando uma garantia legal com liquidez invejável.

Por outro lado, a prestação de uma fiança bancária pelo incorporador (*Bauträger*) necessariamente encarece o contrato com os adquirentes, de modo que o risco do mercado imobiliário irá influenciar de forma significativa no custo desta garantia a ser carregado pelo incorporador.

Em síntese, tanto o Direito brasileiro quanto o Direito alemão há o seguinte problema prático na operação econômica – denominada incorporação imobiliária pelo Direito brasileiro: os riscos jurídicos causados aos adquirentes em função do investimento em empreendimento de propriedade do incorporador. Em outras palavras, em ambos os sistemas jurídicos as garantias contratuais previstas em favor dos adquirentes buscam mitigar o risco que suportam ao entregar suas economias ao incorporador muito antes de receberem qualquer benefício patrimonial em contrapartida.

No Direito brasileiro, verificamos que a afetação patrimonial da universidade de bens e direitos da incorporação imobiliária poderá ser um meio de mitigar os riscos dos adquirentes em caso de falência do incorporador, salvaguardando-se tais bens da massa falida. O Direito alemão, por sua vez, encontrou solução distinta, utilizando usualmente uma fiança bancária para garantir aos adquirentes o direito de restituição da integralidade dos valores entregues ao incorporador, em caso de inadimplemento contratual ou falência.

## CONCLUSÃO

O presente estudo possibilitou as seguintes conclusões:

a) A incorporação imobiliária consiste em uma atividade negocial exercida pelo incorporador, na qual a prática reiterada dos atos e negócios jurídicos necessários para a concretização do escopo da atividade reflete a dinamicidade do fenômeno. Assim, a atuação do incorporador no exercício da atividade negocial estará necessariamente voltada à função social da incorporação imobiliária, que norteia na sua face intersubjetiva e transubjetiva os deveres contratuais e legais do incorporador.

b) A compreensão da dinâmica contratual da incorporação imobiliária perpassa necessariamente pelo conceito de rede contratual de negócios jurídicos, haja vista que a complexidade da incorporação imobiliária não permite sua compreensão como um mero contrato típico bilateral, mas, ao contrário, como uma rede de negócios jurídicos finalisticamente coligados para consecução do escopo da incorporação imobiliária. Para além da análise estrutural da rede de contratos, a incorporação imobiliária é instrumentalizada por uma gama de contratos autônomos – contrato de promessa de compra e venda, contrato de mútuo bancário, contrato de construção, contrato de prestação de serviços arquitetônicos, etc. – os quais atraem diversos sujeitos para somar as sinergias necessárias na realização e conclusão do empreendimento imobiliário.

c) O incorporador como figura cerne da incorporação imobiliária suporta naturalmente os riscos inerentes e extraordinários à atividade negocial desenvolvida. Os riscos suportados pelo incorporador são basicamente de ordem econômica e jurídica; aqueles de ordem econômica provem do risco do mercado imobiliário e os de ordem jurídica são oriundos do inadimplemento contratual dos demais contratantes envolvidos na incorporação imobiliária. Ocorre que os prejuízos concretizados ao incorporador pelos riscos do negócio, serão transpassados aos demais contratantes, haja vista a interligação finalística de cada negócio jurídico.

d) Os riscos dos adquirentes e financiadores, na qualidade de principais credores do incorporador, decorrem diretamente da gestão pelo incorporador dos riscos ordinários e extraordinários que afetam a incorporação imobiliária. Neste sentido, os adquirentes e financiadores suportam o risco jurídico do negócio, face à possibilidade de inadimplemento contratual ou falência do incorporador.

e) Conclui-se, portanto, que a mitigação dos diversos riscos da incorporação imobiliária se dará juridicamente por meio da inserção de garantias nos contratos celebrados para concretização da incorporação imobiliária.

f) As garantias usualmente usadas no Direito brasileiro nas incorporações imobiliárias são as seguintes: hipoteca, cessão de créditos como garantia, alienação fiduciária e afetação patrimonial.

g) A hipoteca garantida às instituições financeiras financiadoras do empreendimento imobiliário não é uma garantia contratual de maior eficácia dentro da dinâmica da operação econômica em análise, na medida em que em caso de inadimplemento contratual por parte do incorporador ou até mesmo em caso de falência, ficará a instituição financeira sem poder sobre seu direito de preferencia sobre o imóvel dado em garantia, nas hipóteses em que o incorporador já tiver alienado os bens imóveis constituídos a adquirentes.

h) A cessão de créditos possibilita o financiamento do empreendimento imobiliário de uma forma bastante eficaz e com considerável diluição dos riscos da entidade financiadora, permitindo-se com isso condições menos severas para a concessão de financiamento ao incorporador. Especialmente em virtude da liquidez de tal garantia, a cessão de créditos ocasiona uma segurança bastante sólida aos financiadores do empreendimento imobiliário, e, conseqüentemente, um cenário mais bem estruturado para o desenvolvimento e crescimento da incorporação imobiliária.

i) A alienação fiduciária em garantia é um instrumento de garantia contratual de elevada solidez dentro da estrutura negocial da incorporação imobiliária. Além de garantir créditos imobiliários do incorporador, assegura as demais garantias outorgadas pelo incorporador nos contratos financiamentos para execução do projeto imobiliário. Assim, a alienação fiduciária é um instrumento de grande relevância prática nas transações comerciais na atualidade, especialmente no âmbito das incorporações imobiliárias.

j) A adoção no sistema jurídico brasileiro da teoria da afetação patrimonial nas incorporações imobiliárias trouxe um mecanismo de grande relevância para a segurança dos adquirentes diante desta complexa operação econômica. Conquanto, a legislação tenha outorgado ao incorporador a escolha de adoção ou não da afetação patrimonial na incorporação imobiliária, pode-se dizer que se trata da maior garantia contratual prevista para proteção dos adquirentes.

k) A conclusão da análise das garantias contratuais usualmente utilizadas na rede de contratos celebrada nas incorporações imobiliárias no Brasil aponta alguns riscos jurídicos suportados especialmente pelos adquirentes. O inadimplemento contratual por parte do incorporador e sua falência são os eventos que trazem maior risco aos demais sujeitos envolvidos na incorporação imobiliária. Conquanto se mitigue o eventual prejuízo dos financiadores em virtude do inadimplemento contratual do incorporador, não se elimina.

l) O *Bauträgervertrag*, que instrumentaliza a incorporação imobiliária no Direito alemão, possui natureza *sui generis*, na qual se encontram elementos do contrato de empreitada e de compra e venda. Em função disso, como regra geral o incorporador (*Bauträger*) não poderia exigir o pagamento antecipado e parcelado dos adquirentes antes da entrega do imóvel pronto e acabado. Entretanto, a natureza da atividade negocial exige grande aporte de recursos, motivo pelo qual se criou um sistema de garantias a serem outorgadas pelo incorporador aos adquirentes para possibilitar o recebimento antecipado do investimento dos adquirentes na incorporação imobiliária.

m) A fiança bancária prevista pelo §7 do decreto alemão MaBV na prática outorga aos adquirentes uma forte segurança de que, ao menos, o investimento feito no empreendimento imobiliário não estará perdido frente a um inadimplemento por parte do incorporador ou em caso de falência do mesmo, haja vista que o adquirente recebe uma garantia de reforço quantitativo sobre o sólido patrimônio de uma instituição bancária. O banco terá a obrigação de restituir todos os valores investidos pelo adquirente, ocasionando uma garantia legal com liquidez invejável.

As necessidades econômicas do incorporador exigem-lhe a formação de uma universalidade de bens, direitos e créditos para cada incorporação imobiliária que realiza. Para tanto, o incorporador deverá necessariamente gerir o patrimônio constituído por meio do aporte de capitais de financiadores e adquirentes.

Por outro lado, os investidores da incorporação imobiliária – adquirentes e financiadores – permanecem até a conclusão da obra com um mero direito expectativo de receber, respectivamente, o imóvel adquirido e o montante emprestado e a remuneração pelo financiamento.

Como equilibrar de forma justa as pretensões de segurança dos adquirentes, financiadores e incorporador?

A solução brasileira – afetação patrimonial – conquanto teoricamente interessante, possui dificuldades práticas aos adquirentes que minimizam sua utilização no mercado imobiliário. Por outro lado, a solução alemã – fiança bancária – revela uma praticidade e eficácia aos adquirentes de maior valia, porquanto consiste em uma garantia de elevada liquidez.

Por mais que pareça interessante passar a adotar a solução alemã no Direito brasileiro, a nosso ver a importação de modelo estrangeiro deve ser feito – se for feita – com certa cautela. Não somente o contexto jurídico deve ser vastamente analisado, mas também as consequências econômicas da adoção da fiança como garantia contratual nos contratos de compra e venda em incorporações imobiliárias. O receio funda-se especialmente na consideração da estável economia alemã em contraponto à economia brasileira, em crescimento, mas ainda não estando estável.

Deixa-se, assim, com este trabalho o questionamento jurídico, incitando o desenvolvimento científico do tema: estaria o mercado imobiliário brasileiro pronto para suportar os custos da fiança como garantia contratual aos adquirentes?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **Direito das Obrigações**. 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- AURELIANO, Nuno. **O Risco nos Contratos de Alienação**. Coimbra: Almedina, 2009.
- BAMBERGER, Heiz Georg e ROTH, Herbert. **Beck'scher Online-Kommentar BGB**. 18 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2010.
- BASTY, Gregor. **Der Bauträgervertrag: Schwerpunkte der Vertragsgestaltung**. 5 ed. Colônia, Berlin e Munique: Heymann, 2005.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O sistema contratual do cartão de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BROX, Hans e WALKER, Wolf-Dietrich. **Allgemeines Schuldrecht**. 33.ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2009.
- CAMBLER, Everaldo Augusto; COTS, Márcio Eduardo Riego. **A Incorporação Imobiliária e o Código de Proteção ao Consumidor**. (in) Revista Autônoma de Direito Privado, Curitiba, n. 3, abr./jun. 2007.
- CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 18.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CHALHUB, Melhim Namem. Afetação Patrimonial no direito contemporâneo. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 29, 2007, p. 111-147, jan-mar. 2007.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2.ed. ver. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária. Impossibilidade de realização. Resolução de promessa de compra e venda. Responsabilidade objetiva do incorporador. Critério da indenização ao promitente comprador. Propositura de ação de resolução antes da exigibilidade da prestação do incorporador. **Revista dos Tribunais**, Ano 95, V. 844, fev/2006, p. 99-119.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 3ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. (in) **Revista de Direito Imobiliário**, v. 24, n. 50, jan./jun. 2001.

CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade Fiduciária de bens móveis em garantia. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, nº 21, ano 6, p. 305-335, jul-set. 2003.

CHALHUB, Melhim Namem. **Proteção patrimonial dos adquirentes nas incorporações imobiliárias**. (SL) Revista do Consumidor, 2007. Disponível em: <[http://www.melhimchalhub.com.br/files/docs/PROTECAO\\_PATRIMONIAL\\_DOS\\_ADQUIRENTES.pdf](http://www.melhimchalhub.com.br/files/docs/PROTECAO_PATRIMONIAL_DOS_ADQUIRENTES.pdf)> Acesso em: 14 de agosto de 2012.

FABIAN, Christoph. **Fidúcia: Negócios Fiduciários e Relações Externas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

GANTEN, Hans; JAGENBURG, Walter e MOTZKE, Gerd. **Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen**. 2 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2006.

GEIBEN, Nikolaus. **Der Vorvertrag im internationalen Privatrecht: Unter besonderer Berücksichtigung des Immobilienerwerbs im portugiesischen und brasilianischen Recht**. Frankfurt: Peter Lang, 2007.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HANSEN, Ewald; NITSCHKE, Volker e BROCK, Harald. **Bauträgerrecht: Planung, Finanzierung, Vertrag, Abwicklung**. Neuwied: Werner Verlag, 2006.

JÚNIOR, Policarpo, PATURY, Felipe, SIMONETTI, Eliana. A Usina de falcatrúas da Encol. **Revista Veja**, v.30, p. 26-33, ago/1997. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/183652>, acesso em 20 de setembro de 2012.

KLEINE-MÖLLER, Nils e MERL, Heinrich. **Handbuch des privaten Baurechts**. 4 ed. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2009.

KUFFER, Johann; WIRTH, Axel. **Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht**. Colônia: Wolters Kluwer, 2008.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A Disciplina do Direito de Empresa no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Mercantil**, vol. 128, Ano XLI, outubro –dezembro 2002.

- LEITÃO, Luís Manoel de Menezes. **Garantia das Obrigações**. Coimbra: Almedina, 2006.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Tratado de los contratos**. V.1. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999.
- MARCONDES, Sylvio. **Problemas de Direito Mercantil**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos Coligados**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel; MARQUES, Luiz Henrique de Oliveira; MARQUES, José de Samuel. Os rumos da hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 63, p. 11-37, jul./dez. 2007.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do Consumidor: Contratos de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. **Garantias de Cumprimento**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Vol. V, Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 657, p. 37-50, jul./ 1990. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/> . Acesso em: 12 novembro 2011. Fonte: [http://www.bcq.usp.br/normalizacao\\_tecnica.htm](http://www.bcq.usp.br/normalizacao_tecnica.htm).
- MESSERSCHMIDT, Burkhard; VOIT, Wolfgang. **Privates Baurecht**: Kommentar zu §§631 ff. BGB. Band 60. Munique: C.H. Beck München, 2008.

- MICHAELS, Ralf. **The functional method of comparative law**. (In) REIMANN, Mathias e ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. Disponível em: <[http://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/1249](http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1249)> Acesso em: 14 de agosto de 2012.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XII. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- MESSERSCHMIDT, Burkhard e VOIT, Wolfgang. **Privates Baurecht**. Munique: Verlag C.H. Beck München, 2008.
- PASQUALOTTO, Adalberto. **Garantias no Direito das Obrigações**: um ensaio de sistematização. 2005. 262 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre, 2005.
- PAUSE, Hans Egon. Auswirkung der Schuldrechtsmodernisierung auf den Bauträgervertrag. **NZBau – Baurecht und Vergaberecht**, Heft 12, 2002, p. 648-655.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Propriedade Horizontal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ROCHA, Mauro Antônio. O Regime da Afetação Patrimonial na Incorporação Imobiliária – Uma visão Crítica da Lei. **Revista de Direito Imobiliário**, Ano 28, Nº 59, Jul/dez/2005.
- RÜTHERS, Bernd e STADLER, Astrid. **Allgemeiner Teil des BGB**. 10., neubearbeitete Auflage. Munique: Verlag C.H. Beck, 1997.
- SCHÖNER, Hartmut e STÖBER, Kurt. **Grundbuchrecht**. 14 ed. Munique: Verlag C.H. Beck, 2008.
- SCHULZE, Reiner, DÖRNER, Heinrich, et al. **Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar**. 5 ed. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STAUDINGER, Julius von, ALBRECHT, Karl-Dieter, BALDUS, Christian e BAR, Christian von. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. 13 ed. Berlim: Sellier- de Gruyter, 2008.

JACOBY, Florian, PETERS, Frank e REUTER, Dieter. §§ 631 - 651 (Werkvertragsrecht). In: STAUDINGER, Julius von, ALBRECHT, Karl-Dieter, BALDUS, Christian e BAR, Christian von. **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**. 13 ed. Berlim: Sellier- de Gruyter, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação imobiliária: atualidade do regime jurídico instituído pela Lei n. 4.591/1964. **Revista forense**, v. 100, n. 376, p. 81-94, nov./dez. 2004.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de. **Direito das Garantias**. Coimbra: Almedina, 2010.

WALD, Arnaldo. Algumas considerações a respeito da utilização do “trust” no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 34, n. 99, p. 105-120, jul./set. 1995.

WILBERT, Peter. **Die Bedeutung der Makler- und Bauträgerverordnung für die Abwicklung von Bauträger- und Baubetreuungsverträgen**. 1981. 297 f. Tese para obtenção do grau de Doutorado em Direito na Universidade de Colônia (Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln). Colônia, Alemanha, 14 de dezembro de 1981.