

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

PEDRO BRUNELLI

**O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

PORTO ALEGRE

2012

PEDRO BRUNELLI

**O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Viana Severo

PORTO ALEGRE

2012

PEDRO BRUNELLI

## O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel.

Aprovado em 20 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Sérgio Viana Severo  
Orientador  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

---

Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

---

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo, partindo de uma base que combina pesquisa literária e experiência prática do autor, explorar os elementos referentes ao instituto do patrimônio de afetação e sua aplicação na atividade incorporativa de imóveis, com foco na contribuição havida em relação à melhoria da segurança jurídica dos negócios compreendidos nesse segmento de mercado. O texto define incorporação imobiliária e a figura do incorporador, apresentando os aspectos característicos de um e de outro, assim como discorre sobre matéria contratual nessa atividade. O trabalho analisa as alterações trazidas pela nova legislação que introduziu o patrimônio de afetação no negócio imobiliário sob uma perspectiva histórica, abrangendo dois períodos: um anterior à mudança, partindo de 1964 até 2004, e outro posterior a ela, seguindo de 2004 até os dias atuais. São analisados os pontos vulneráveis do primeiro período e os benefícios alcançados com a nova legislação no segundo período. O estudo aponta, também, algumas deficiências ainda contidas no atual regramento jurídico, as quais devem ser corrigidas, indicando as sugestões para tanto.

Palavras-chave: Patrimônio. Afetação. Incorporação. Imobiliária.

## **ABSTRACT**

This work aims, starting from a base that combines literary research and practical experience of the author, referring to explore the elements of detached assets theory and its application in incorporative activity of real estate, focusing on the contribution that took place in relation to the improvement of safety in legal business, concerning to this market segment. The text defines incorporative business on real estate and the figure of real estate developer, presenting the characteristic features of one or the other, as well as discusses contractual matters in this activity. The paper analyzes the changes introduced by the new legislation which introduced the detached assets in real estate business from a historical perspective, covering two periods: one before the change, from 1964 to 2004, and another after that, from 2004 until the current days. The study shows the vulnerabilities of the first period and the benefits achieved with the new legislation in the second period. The paper also points out some deficiencies still contained in the current legal rules, which should be corrected, indicating the suggestions.

Keywords: Detached. Assets. Incorporation. Real. Estate.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NORMATIVA NO BRASIL NO PERÍODO DE 1964 A 2004</b>	
2.1 DEFINIÇÃO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA .....	8
2.2 ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA .....	9
2.3 ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DO INCORPORADOR .....	12
2.4 O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA .....	16
2.5 O TRATAMENTO LEGAL DO SETOR IMOBILIÁRIO ENTRE 1964 E 2004 .....	21
2.6 OS PONTOS VULNERÁVEIS .....	25
<b>3 O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O TRATAMENTO LEGAL RECENTE NO BRASIL A PARTIR DE 2004</b>	
3.1 A NOVA LEGISLAÇÃO A PARTIR DE 2004 .....	32
3.1 A TEORIA DA AFETAÇÃO NOS NEGÓCIOS CONTEMPORÂNEOS	34
3.3 ADEQUAÇÃO DO NEGÓCIO INCORPORATIVO À TEORIA DA AFETAÇÃO .....	39
3.4 O REGIME JURÍDICO DA AFETAÇÃO PATRIMONIAL .....	42
3.5 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COMO GARANTIA DE BENS IMÓVEIS EM FACE DA LEI SOBRE PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO .....	51
3.6 EXTINÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO .....	52
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>55</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>58</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos aspectos de maior relevância a ser considerado quando se analisa o estado de amadurecimento que é atingido por determinado segmento do mercado, ou deste como um todo, reside no grau de segurança do ambiente em que se desenvolvem as operações, os acordos, entre todos os agentes envolvidos. Entre esses agentes, com certeza merece atenção especial a figura do consumidor, o qual representa, em geral, o polo mais fraco nas relações estabelecidas, devendo receber, portanto, um tratamento especial por parte do ordenamento jurídico vigente. Entretanto, cumpre ressaltar que se deve conservar sempre presente a noção genérica de que todos os participantes das relações jurídicas, sem exceção, merecem contar com o mais elevado nível que se possa atingir em termos de segurança jurídica.

Sendo, dessa forma, o valor segurança verdadeira chave para um complexo de operações que, bem fundadas e protegidas, determinarão o progresso de um mercado sujeito a intensas influências das mais diversas forças, muitas vezes contrapostas, pode-se conceituar segurança jurídica como uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade, com base na sua cognoscibilidade, por meio de controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro<sup>1</sup>.

Pode-se afirmar que há um forte indicador de que o mercado funciona de forma eficiente quando o ambiente normativo que o regula promove um nível satisfatório de proteção, especialmente na ponta do consumidor, deixando o mesmo em posição confortável no momento crítico da tomada de decisão para a realização dos seus negócios. Assim, com a devida segurança jurídica,

---

<sup>1</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 282.

à qual cumpre promover, em última análise, substancial redução dos riscos envolvidos, o polo de consumo passa a atuar com seu pleno potencial no mercado, criando-se conseqüentemente um ciclo virtuoso de desenvolvimento econômico.

Mais especificamente, desenvolvendo uma perspectiva histórica de como evoluiu, no Brasil, o aparato legal que normatiza o segmento imobiliário, o presente trabalho busca analisar, considerando o período de 1964 até os dias atuais, em que aspectos o consumidor está mais protegido e evidencia, ainda, quais os pontos que carecem de soluções.

A partir de 2004, um recente ciclo evolutivo representado pelo que se denominou *novo direito imobiliário* inaugurou mais uma etapa de aperfeiçoamento na importante área das transações de imóveis, estabelecendo um patamar consideravelmente mais seguro para os negócios jurídicos deste ramo, particularmente pela introdução, em nosso ordenamento, da figura do patrimônio de afetação, elemento central deste estudo.



## 2 A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA NORMATIVA NO BRASIL NO PERÍODO DE 1964 A 2004

### 2.1 DEFINIÇÃO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Tendo sua origem na palavra latina *incorporatio*, de *incorporare*, o termo incorporação encerra o significado de dar corpo, unir, juntar. Em sentido mais amplo incorporação significa aquela atividade humana exercida no sentido de incluir, unir, introduzir ou legar uma coisa ao corpo de outra, a que ficará pertencendo, geralmente com a finalidade de obtenção de ganho econômico. Incorporação imobiliária é o edifício que se constrói no imóvel para dele fazer parte, resultando a referida atividade humana da reunião de manifestações de vontade, exprimíveis muitas vezes em contratos, que mantêm uma relação de unidade entre si<sup>2</sup>.

Encontra-se na própria norma uma definição do que constitui a incorporação imobiliária. O artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64, denominada Lei dos Condomínios e também Lei das Incorporações, preceitua:

Art. 28. [...]

Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Em outros termos, pode-se afirmar que incorporação imobiliária é a atividade que consiste na coordenação e consecução de empreendimento imobiliário, compreendendo a alienação total ou parcial das unidades em construção e sua subsequente entrega aos adquirentes finais, depois de concluídas, com a prévia e adequada regularização no Registro de Imóveis competente das edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

---

<sup>2</sup> CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação Imobiliária**: ensaio de uma teoria geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 260.

Uma definição mais genérica de incorporação imobiliária é largamente encontrada doutrina, significando a atividade empresarial exercida com o intuito de promover e comercializar unidades imobiliárias em edificações coletivas.

Maria Helena Diniz define incorporação imobiliária como o instituto jurídico ligado ao direito civil e relacionado com a aglutinação de interesses visando a edificação de imóveis em regime condominial, embora a incorporação de edifício seja uma atividade mercantil por natureza, e o incorporador constitua uma empresa comercial imobiliária<sup>3</sup>.

Uma outra abordagem que possibilita, de forma indireta, a dedução do significado de incorporação imobiliária provém de Chalhub, segundo o qual neste instituto a propriedade do incorporador não é fiduciária, mas plena, pois o incorporador adquire para si o terreno onde irá construir o edifício. Ele é beneficiário da construção do empreendimento. A consecução da obra e a entrega das unidades autônomas aos adquirentes são o objetivo final do empreendimento<sup>4</sup>.

## 2.2 ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A sistemática da incorporação instituída pela Lei nº 4.591/64 implica uma atividade complexa que, necessariamente, abrange os seguintes ajustes contratuais, segundo Orlando Gomes: a) de alienação, ainda que potencial, da fração ideal do terreno; b) de construção do edifício; e c) do condomínio a ser constituído<sup>5</sup>.

Em uma visão mais ampla, verificamos que a origem da incorporação imobiliária está nos condomínios edilícios. A partir da Revolução Industrial e com a crescente demanda de unidades imobiliárias em razão da concentração da população nos grandes centros urbanos, a solução passou a ser a construção de unidades imobiliárias em planos horizontais, para viabilidade e

---

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. V.3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 573.

<sup>4</sup> CHALHUB, Melhin Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 14.

<sup>5</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 446.

utilidade de um único lote na produção de mais de uma unidade autônoma, promovendo um aproveitamento mais racional da terra<sup>6</sup>.

A essência do instituto reside no fato de se tratarem de unidades que ainda não existem fisicamente, sendo indispensável, para que seja possível proceder à sua alienação de maneira regular, que se promova o registro da incorporação imobiliária na forma legalmente prescrita. Cabe ressaltar que existem na lei hipóteses em que o incorporador incorre em crime e em contravenção contra a economia popular se realizar a venda de unidades sem o assento da incorporação no competente registro imobiliário. Neste sentido, a simples divulgação, ainda que preliminar, de determinado empreendimento imobiliário em qualquer meio de comunicação já pode ser considerada, em algumas circunstâncias, como ação de comercialização incipiente, enquadrando desta forma o agente nas hipóteses das irregularidades previstas. O artigo 32, §3º, da Lei nº 4.591/64 dispõe sobre a necessidade de informar o número de registro da incorporação em anúncios e outros documentos:

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

[...]

§ 1º A documentação referida neste artigo, após o exame do Oficial de Registro de Imóveis, será arquivada em cartório, fazendo-se o competente registro.

§ 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.

**§ 3º O número do registro referido no § 1º, bem como a indicação do cartório competente, constará, obrigatoriamente, dos anúncios, impressos, publicações, propostas, contratos, preliminares ou definitivos, referentes à incorporação, salvo dos anúncios "classificados".**

[...]

A ementa do julgado abaixo ilustra de forma clara um viés de análise dessas possíveis irregularidades (neste caso isentando a demandada):

---

<sup>6</sup> CHALHUB, Melhin Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 2.

**APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. REGISTRO DA INCORPORAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPAGANDA ENGANOSA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.**

I. Desprovemento do agravo retido reiterado nas contrarrazões da demandada.

II. Demanda coletiva de consumo ajuizada em razão de suposta publicidade enganosa veiculada pela ré, empresa de empreendimentos imobiliários, haja vista suposto descumprimento da norma prevista no artigo 32 da Lei nº 4.591/64, relativamente à obrigatoriedade de registro da incorporação imobiliária.

III. Ausência de publicidade enganosa no caso concreto, considerando que da análise da publicidade discutida nos autos se extrai que a empresa demandada não omitiu informações capazes de causar prejuízos aos consumidores, ao contrário, apresentou informações suficientes de que o registro de incorporação estava em andamento, indicando, inclusive, o número do protocolo junto ao Registro de Imóveis. Inexistência de ofensa à legislação consumerista.

IV. Acolhimento do entendimento esposado na sentença e no parecer ministerial de segundo grau, no sentido da improcedência dos pedidos iniciais.

**RECURSOS DESPROVIDOS À UNANIMIDADE**

(Apelação Cível Nº 70047041215, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 16/08/2012)

Para efetivação do registro da incorporação, deverá o incorporador arquivar no cartório de Registro de Imóveis competente o seguinte conjunto de documentos, denominado Memorial de Incorporação<sup>7</sup>:

- a) título de propriedade do terreno;
- b) certidões negativas relativas ao imóvel, ao incorporador e aos alienantes do terreno;
- c) histórico vintenário relativo ao imóvel;
- d) projeto arquitetônico aprovado pela prefeitura local com todas as suas pranchas;
- e) planilha de cálculo de áreas das edificações, estabelecido pela NB 140 (Normas Brasileiras), com todos seus quadros;
- f) certidão negativa INSS do incorporador;

---

<sup>7</sup> Conforme elenca o artigo 32 da Lei nº 4.591/64.

- g) memorial descritivo das especificações da obra;
- h) minuta da futura convenção de condomínio;
- i) declaração das unidades permutadas, isto é, prometidas em troca do terreno;
- j) atestado de idoneidade financeira do incorporador;
- k) previsão do custo global da obra.

Somente após o devido arquivamento junto ao Registro de Imóveis é que se inicia a existência legal do instituto incorporativo, podendo o incorporador, a partir de então, proceder regularmente à comercialização das unidades futuras do empreendimento, estritamente segundo o que foi declarado e estabelecido no memorial de especificações técnicas arquivado no cartório competente.

### 2.3 ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DO INCORPORADOR

O artigo 29 da Lei nº 4.591/64, a referida Lei das Incorporações, traz uma definição de incorporador:

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

[...]

A figura do incorporador tem papel central no negócio imobiliário, sendo ele o responsável pelo controle físico-financeiro, execução e condução do empreendimento.

Uma vez caracterizada a atividade empresarial de incorporação imobiliária, resulta claro que o incorporador será o titular desse negócio, sendo ele quem toma a iniciativa de mobilizar os fatores de produção necessários

para a realização da construção e para a oferta das unidades futuras no mercado<sup>8</sup>.

Curiosamente, até ser editada a Lei nº 4.591/64, o incorporador não tinha sua situação regulada e, por esta razão, muitas vezes chegou-se a equipará-lo ao corretor da transação e isentá-lo de maiores responsabilidades. Sendo assim, a partir da definição do artigo 29 da Lei passou a existir a figura jurídica do incorporador.

Entretanto não podemos deixar de observar que o incorporador, sob certo aspecto, faz as vezes de um corretor, considerando que dá origem a um negócio de compra e venda. Pode ser visto também como mandatário, especialmente ao contratar em nome de terceiros. É um gestor de negócios quando encaminha a seu termo a empreitada de construção. É um comerciante, em análise mais profunda. É também, um industrial, pois a construção civil é considerada ramo de atividade industrial<sup>9</sup>.

Incorporador é, enfim, aquele que planeja o empreendimento, aquele que, na maioria das vezes, executa a obra, aquele que é responsável pela alienação das unidades futuras, que administra, que gerencia e que dá andamento regular à construção proposta, aquele que conclui a obra e transfere a posse e o domínio aos adquirentes, sempre primando pelo princípio da boa-fé objetiva.

Mas ressalte-se que o contrato de incorporação imobiliária não se confunde com o de compra e venda. Quem constrói às suas expensas e aliena unidades já concluídas é apenas um vendedor. Incorporador é quem compromete ou vende frações ideais de terreno objetivando a vinculação destas unidades autônomas em edificações a serem construídas ou em construção, sob regime condominial, responsabilizando-se pela entrega da obra concluída em certo prazo, por preço certo e sob condições<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> CHALHUB, Melhin Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 14.

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. **Revista do Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 4, julho/dezembro 1979, p. 23.

<sup>10</sup> GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Quanto à responsabilidade civil do incorporador, para que esta seja bem delimitada, devemos fundamentalmente saber a natureza das obrigações por ele assumidas e analisá-las partir da teoria do risco, base da responsabilidade civil objetiva. Isto porque, segundo a exegese do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, se a obrigação for descumprida por um agente que a tenha assumido em razão de sua atividade e se esta, por sua natureza, implicar risco de dano a alguém, surgindo esse dano, o causador ficará obrigado a repará-lo, independentemente de culpa, caracterizando a responsabilidade civil objetiva<sup>11</sup>.

O referido artigo 927, CC, principal comando legal em matéria de responsabilidade civil, tem a seguinte redação:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nas incorporações imobiliárias, a responsabilidade pela construção não é somente do construtor, sendo também atribuída ao incorporador, nos termos do artigo 32 da Lei nº 4.591/64, o qual a ele imputa a responsabilidade por todas as peças do memorial de incorporação, entre elas o projeto, orçamento e o memorial descritivo das especificações da obra. Responde, portanto, o incorporador pela execução da obra segundo esses elementos técnicos<sup>12</sup>.

Também é de fundamental importância analisar, na seara das incorporações imobiliárias, as consequências jurídicas às quais os atos do incorporador estão sujeitos, na medida em que o negócio jurídico esteja constituído entre as partes.

Segundo afirma Maria Helena Diniz, o incorporador tem obrigações *legais* (todas as que se encontram elencadas nos artigos 32, 34, § 3º, 35, §§ 1º e 6º, 37, 38 a 41, 43, I a VI e 44 e parágrafos da já mencionada Lei das

---

<sup>11</sup> BOTTEGA, Jeverson Luis. **Incorporação Imobiliária e a responsabilidade civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005.

<sup>12</sup> CHALHUB, Melhin Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 393.

Incorporações) e também obrigações *contratuais* (transferir, como vendedor ou procurador do dono do terreno, a fração ideal alienada; firmar a escritura definitiva de venda; promover a construção do prédio dividido em unidades autônomas, estabelecendo o plano da obra e as condições da construção; e entregar aos adquirentes, devidamente averbadas, as unidades que compraram)<sup>13</sup>.

Dentre os deveres que tem o incorporador estão: o registro da incorporação, que consiste na apresentação, ao Registro de Imóveis competente, do dossiê de documentos referidos no artigo 32 da Lei nº 4.591/64. Somente após o arquivamento da documentação junto do Registro de Imóveis é que o incorporador poderá negociar as unidades. Com isso o cartório efetuará registro na matrícula do imóvel sobre o qual será erigido o prédio. Nesta matrícula consta o histórico do imóvel, isto é, todo o movimento de atos ao longo do tempo daquele bem imóvel.

Cabe ressaltar que uma das causas de extinção da incorporação pode ser a inexecução culposa de uma das partes contratantes. Esta hipótese compreende o descumprimento de deveres e obrigações por parte do incorporador, o que permite aos adquirentes destituí-lo, resolvendo o negócio jurídico que celebraram, ou então exigir dele o cumprimento forçado dos deveres e obrigações<sup>14</sup>.

Três situações que podem conduzir à exigência de um cumprimento forçado são as seguintes: a) a interrupção, sem justa causa, da obra; b) a recusa do incorporador, também sem justa causa, a outorgar aos adquirentes a escritura pública de suas unidades, após a conclusão das obras; e c) a recusa pelo mesmo, novamente sem justa causa, em entregar a posse da unidade após a conclusão das obras. No primeiro caso pode haver a execução específica, pelos adquirentes, da obrigação de fazer assumida pelo incorporador ou a destituição do mesmo. No segundo caso, poderão os adquirentes obter um provimento jurisdicional, o qual se equivalerá à manifestação de vontade não emitida pelo incorporador. Finalmente, no

---

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. V.3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 582.

<sup>14</sup> GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 206.



terceiro caso, devem os adquirentes propor ação de imissão na posse, por determinação judicial.

É importante observar, por outro lado, que a extinção do acordo também pode ocorrer quando do inadimplemento da obrigação do adquirente, geralmente quanto à obrigação de pagamento, através da previsão contratual, gerando direito ao incorporador de reaver o valor devido.

Pode-se afirmar que todo descumprimento por parte do incorporador com relação a seus deveres e obrigações pode configurar crime ou contravenção contra a economia popular, tendo como fundamentos a repercussão social das incorporações e a proteção que o legislador concedeu aos adquirentes através da Lei nº 4.591/64, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e do Código Civil.

Outro aspecto relevante é o fato de que a responsabilidade do incorporador não cessa com o término da obra, persistindo com relação aos vícios redibitórios, pois ele responde pela segurança e solidez do imóvel. Antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, essa responsabilidade era regulada somente pelo Código Civil, cuja normatização se mostrava insuficiente para solucionar os problemas derivados das relações de consumo. Com a Lei 8.078/90 se reelaborou a figura da garantia<sup>15</sup>. Ao comprar um imóvel de uma incorporadora, incidirá em favor do adquirente o prazo de garantia e a aplicação total do Código de Defesa do Consumidor (CDC), sendo considerado fornecedor todo aquele que constrói visando obtenção de lucros. O artigo 618 do Código Civil determina a responsabilidade do construtor durante o prazo irredutível de 5 anos sobre a solidez e segurança da edificação e em relação ao solo na qual foi erguida.

## 2.4 O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

O contrato de incorporação imobiliária é disciplinado pela Lei nº 4.591/64, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.931/04, que

---

<sup>15</sup> GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 210.

regulamenta a atividade empresarial de incorporação imobiliária, caracteriza o contrato de alienação de imóveis nesse contexto e estabelece um sistema de proteção dos adquirentes contra os riscos inerentes à construção. Essa legislação tem por objetivo os mecanismos e procedimentos contratuais referentes exclusivamente à fase da construção do edifício<sup>16</sup>, uma vez que o contrato de incorporação não se caracteriza como venda de unidade já pronta e averbada no Registro de Imóveis. Trata-se, portanto, de venda antecipada de *unidades* (adaptação nossa) de um edifício a construir<sup>17</sup>. A operação é realizada com vistas à captação de recursos, que consiste em obter o capital necessário à construção do edifício, mediante venda, por antecipação, das *unidades* (adaptação nossa) de que se constituirá<sup>18</sup>.

Por este tipo de contrato o incorporador se obriga a transmitir, a título oneroso, unidades imobiliárias em construção, integrantes de edificação coletiva, promovendo, por si ou por terceiros, a construção e averbação dessas unidades no Registro de Imóveis, visando à instituição da propriedade condominial especial de que tratam os artigos 1.331 e seguintes do Código Civil (Lei nº 4.591/64, § único do artigo 28 e artigo 44)<sup>19</sup>.

Podemos resumir, sucintamente, que o contrato de incorporação imobiliária é um contrato bilateral (sinalagmático)<sup>20</sup>, oneroso<sup>21</sup>, consensual<sup>22</sup>, solene ou não<sup>23</sup>, típico<sup>24</sup>, de execução sucessiva<sup>25</sup>, pessoal<sup>26</sup> e de adesão<sup>27</sup>.

Para a formalização são utilizadas espécies de contrato já tipificadas no ordenamento, como exemplos a compra e venda ou a promessa de compra e

<sup>16</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo direito imobiliário e registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 19.

<sup>17</sup> GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 227.

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 11. ed., 1996, p. 493.

<sup>19</sup> CHALHUB, *op. cit.*, p. 20.

<sup>20</sup> Impõe direitos e obrigações para ambas as partes, sendo elas credoras e devedoras simultaneamente.

<sup>21</sup> O comprador tem o ônus de pagar o preço e o incorporador, o de promover a construção avençada.

<sup>22</sup> Perfectibiliza-se sem depender da entrega efetiva da coisa.

<sup>23</sup> Podendo estar desvinculado de forma específica ou não.

<sup>24</sup> Com regulamentação na lei.

<sup>25</sup> As prestações do incorporador e do adquirente são periódicas e contínuas, terminando com a conclusão da obra e entrega das unidades.

<sup>26</sup> Obriga os próprios contratantes.

<sup>27</sup> Recentemente alguns doutrinadores posicionaram-se no sentido de que o contrato de incorporação imobiliária é um contrato de adesão; o artigo 67, § 1º, Lei nº 4.591/64 estipula a natureza adesiva, pois dispõe que “todas as cláusulas comuns a todos os adquirentes não precisarão figurar expressamente nos respectivos contratos”.

venda de unidade imobiliária, como coisa futura, a compra e venda ou a promessa de compra e venda da fração ideal de terreno conjugada com contrato de construção e a compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária ou com pacto adjeto de hipoteca<sup>28</sup>.

No que tange ao contrato de incorporação, destacamos a opinião de Everaldo Augusto Cambler de que o objeto material do negócio jurídico incorporativo, por ocasião da assinatura do contrato, não está à disposição do adquirente, motivo pelo qual o identificamos como coisa futura. Enquanto não terminada a construção, a situação jurídica real é de uma co-propriedade, pois, da existência efetiva de unidades condominiais depende o aparecimento da propriedade, em planos horizontais<sup>29</sup>.

A co-propriedade surge no momento do registro das promessas de compra e venda das unidades autônomas (contrato de incorporação imobiliária) no Registro de Imóveis, quando o adquirente passa a ter direito real sobre as frações ideais do terreno. O adquirente só terá seu direito completamente satisfeito a partir do cumprimento da obrigação de fazer por parte do incorporador, transformando a fração ideal do terreno em unidade autônoma em planos horizontais<sup>30</sup>.

Os elementos que compõem o contrato de incorporação imobiliária são de natureza obrigacional e real. Os primeiros são representados pelas obrigações de fazer e dar que o negócio encerra e os segundos, pela eficácia real, pois o negócio tem por finalidade a constituição de propriedade imobiliária. O objeto do contrato de incorporação imobiliária contempla, portanto, uma legítima combinação desses elementos de natureza obrigacional e de natureza real.

O primeiro é o seu objeto imediato, exprimindo a operação que as partes visam realizar. Trata-se da obrigação de fazer e de dar, ou seja, de uma parte a obrigação do incorporador de construir a edificação e entregar as unidades aos

---

<sup>28</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo direito imobiliário e registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 20.

<sup>29</sup> CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação Imobiliária**: ensaio de uma teoria geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 261.

<sup>30</sup> BOTTEGA, Jeverson Luis. **Incorporação Imobiliária e a responsabilidade civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005, p. 26.

adquirentes, transmitindo-lhes a propriedade, e, de outra parte, a obrigação do adquirente de pagar o preço. Na forma de promessa de compra e venda, o elemento de natureza obrigacional consiste no compromisso que as partes assumem de contratar a transferência de domínio, logo que se complete o pagamento do preço, associado à obrigação do incorporador de promover a construção e seu assentamento no Registro de Imóveis.

O segundo é o seu objeto mediato, tratando-se do elemento de natureza real, sendo ele a atribuição pelo incorporador, à contraparte, do imóvel cuja construção o incorporador se compromete a promover, individualizando a unidade no Registro de Imóveis e transmitindo-a ao adquirente<sup>31</sup>.

Ao tipificar o contrato de incorporação, a Lei nº 4.591/64 dita os parâmetros do seu conteúdo, fixando limitações para evitar práticas abusivas e estabelecendo deveres de conduta que incorporam o princípio da boa-fé objetiva e atendendo à exigência do equilíbrio das relações obrigacionais, visando ao cumprimento da finalidade econômica e social do contrato e a compensação da vulnerabilidade do contratante mais fraco.

Para caracterizar e reger a vinculação do incorporador aos adquirentes, existem diferentes tipos de contratos que são firmados pelas partes. Podemos classificar algumas das espécies de contratos utilizados na área da incorporação imobiliária, quais sejam:

a) contrato de promessa de compra e venda de coisa futura – é a modalidade em que o incorporador assume o risco da construção, estabelecendo o preço final da unidade e obrigando-se a entregá-la concluída e averbada no Registro de Imóveis;

b) contrato de promessa de compra e venda de fração ideal de terreno – é a modalidade em que o incorporador se obriga a transmitir a propriedade ou os direitos aquisitivos sobre a fração ideal e contrata a construção;

c) compra e venda com pacto adjecto de alienação fiduciária – é a nova modalidade de contrato inserida pela Lei nº 9.514/97, onde o devedor convencionou transmitir ao credor (incorporador ou instituição financeira, se

---

<sup>31</sup> CHALHUB, Melhin Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 145.

houver), com escopo de garantia, a propriedade do bem imóvel. Aqui há o caráter de propriedade resolúvel, isto é, o credor permanece proprietário do imóvel até que se pague o preço total, revertendo ao devedor a situação de proprietário, tão logo este conclua o pagamento;

d) contrato de construção – é a modalidade de contrato para o caso do incorporador ser diferente do construtor, e que pode ser contratado por empreitada ou por administração;

e) contrato de permuta – é o contrato de utilização corrente no mercado das incorporações imobiliárias, onde o vendedor do terreno se reserva o direito a um percentual executado da obra, isto é, é a obrigação do incorporador entregar certas unidades, ou fração delas, ao proprietário permutante;

f) contrato de mútuo e contrato de financiamento – no caso de haver recursos oriundos de entidades financeiras, aplicados na execução da obra e repassados aos adquirentes das unidades futuras (no valor da sua unidade), se assim lhes aprouver, a que se chama de cessão;

g) contrato de hipoteca – nas operações de mútuo e financiamento, trata-se de direito real sobre coisa alheia;

h) contrato de seguro de garantia das obrigações do incorporador;

i) contrato de caução de direitos creditórios de alienação;

j) contrato de caução de direitos aquisitivos;

k) contrato de seguro de responsabilidade civil do construtor;

l) seguros de vida dos adquirentes, de danos físicos no imóvel; e

m) contrato de corretagem – aplicável na intermediação para a comercialização das unidades<sup>32</sup>.

A extinção natural do contrato de incorporação se dá com a conclusão da construção, a individualização das unidades e a entrega destas unidades autônomas aos adquirentes.

---

<sup>32</sup> CHALHUB, Melhin Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 174.

Além disso, extingue-se o contrato de incorporação também por acordo ou resolução judicial, bem como pela impossibilidade decorrente de força maior ou caso fortuito, ou ainda em consequência da inexecução culposa de uma das partes ou falência do incorporador<sup>33</sup>.

O objetivo final da incorporação é, como se viu, além da entrega das unidades, a constituição de propriedade sobre unidades imobiliárias integrantes de conjuntos de imóveis, em geral edifícios, bem como a instituição do regime especial dessa co-propriedade. A conjugação dessas duas espécies de propriedade e a definição dos poderes atribuídos aos condôminos, com as limitações próprias dessa espécie de co-propriedade, são estabelecidas pelo instrumento de instituição do condomínio<sup>34</sup>. Isso leva à conclusão de que, para que haja organização no convívio de todos os condôminos, fez-se necessário a regulamentação da utilização do imóvel, suas normas, traduzidas no instrumento denominado Convenção de Condomínio.

## 2.5 O TRATAMENTO LEGAL DO SETOR IMOBILIÁRIO ENTRE 1964 E 2004

O cenário existente, tomando-se como período de análise o intervalo temporal entre os anos de 1964 e 2004, apresentava um ambiente normativo de relativa proteção dos adquirentes de imóveis em construção. O conjunto de instrumentos responsável por essa situação de segurança, na época, estava contido na Lei nº 4.591/64, a qual introduziu no direito positivo um avançado sistema de proteção contratual dos compradores, fundado nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

O anteprojeto da Lei nº 4.591/64 foi apresentado pelo Professor Caio Mário da Silva Pereira no I Congresso Nacional de Direito, realizado em

---

<sup>33</sup> GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 70.

<sup>34</sup> CHALHUB, Melhin Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 24.

Fortaleza, Ceará, em 1959, e consta do seu livro *Propriedade Horizontal* (Rio de Janeiro: Forense, 1960)<sup>35</sup>.

Mais tarde, a Lei nº 8.078/90 (CDC - Código de Defesa do Consumidor), orientada por esses mesmos princípios, dispôs sobre a proteção contratual nas relações de consumo, que era também aplicável aos contratos de construção e venda de imóveis<sup>36</sup>.

Existe uma equivocada impressão de que a Lei nº 4.591/64 seria carente de regras para proteção do adquirente, consistindo nos únicos meios oferecidos à sua defesa aqueles encontrados no CDC, tal pensamento decorrente do fato deste instituto ter sido considerado, quando de sua criação, um verdadeiro ponto de apoio para alavancar a atualização do Código Civil, que passou a vigorar em 2002. No caso dos contratos imobiliários de venda nas incorporações, no entanto, esse ponto de apoio mostrou-se dispensável, pois a Lei nº 4.591/64 já oferecia adequada proteção contratual, por meio de um sistema fundado em princípios comuns aos do CDC, conforme já referido. Neste aspecto, podem ser citadas como exemplos as normas que tratam sobre propaganda enganosa (inclusive com tipificação de crime contra a economia popular), sobre o dever de informação durante as fases pré-contratual e de execução do contrato, as regras promotoras de rigorosa limitação do conteúdo contratual e outras, ainda, definidoras da responsabilidade objetiva do incorporador.

Nesse sentido, a Lei nº 4.591/64 estabeleceu requisitos mínimos e regulamentou toda a evolução do processo contratual, desde a fase pré-contratual, na qual está presente a obrigatoriedade de prévia exibição dos elementos essenciais do contrato, por meio do Memorial de Incorporação arquivado no Registro de Imóveis, passando por todo o curso da execução do contrato e seguindo até a fase da extinção do contrato, em razão da responsabilidade civil do incorporador.

---

<sup>35</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 2.

<sup>36</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo direito imobiliário e registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 18.

Para que se tenha uma noção mais coesa a respeito da instrumentação legal existente no período em questão, cumpre reunir alguns dos aspectos mais relevantes da Lei nº 4.591/64 com respeito ao negócio incorporativo:

(i) O incorporador só pode colocar à venda as frações ideais e acessões depois de divulgar os elementos essenciais do contrato, mediante registro do Memorial de Incorporação no Registro de Imóveis, contendo as informações sobre toda a história do imóvel, a situação jurídica e patrimonial do incorporador, as condições peculiares pelas quais o incorporador negociou o terreno (se pagou à vista, se parceladamente, se obteve a titularidade por permuta, quais as condições da permuta, se for o caso, etc), a situação jurídica do incorporador (se é mesmo o titular da incorporação ou se é procurador do incorporador), os ônus fiscais e os ônus reais que pesam sobre o terreno, a cópia do projeto de construção aprovado pelas autoridades competentes, o orçamento da obra, a específica situação do incorporador perante a Previdência Social, a discriminação das frações ideais em que ficará dividido o terreno, que constituirão propriedade individual dos futuros adquirentes, etc.;

(ii) São estabelecidas sanções civis e penais contra o incorporador que, por ação ou omissão, frustrar a segurança jurídica propiciada pelo sistema do Registro de Imóveis, estando tipificados como crimes contra a economia popular a promoção de incorporação em que se fizer afirmação falsa quanto à constituição do condomínio, à alienação das frações ideais ou à construção do edifício e, ainda, como contravenções penais os seguintes fatos (1) negociar frações ideais sem prévio registro do memorial no Registro de Imóveis competente; (2) omitir a existência de algum ônus real sobre o terreno; (3) deixar de outorgar o contrato de aquisição aos adquirentes; (4) deixar de mencionar no contrato o orçamento da obra; (5) paralisar a obra por mais de 30 dias ou retardar seu andamento sem justa causa (artigo 65 da Lei nº 4.591/64);

(iii) Mesmo que o incorporador se recuse a outorgar o contrato ao adquirente, ou interponha obstáculos a essa outorga, a lei assegura ao adquirente o direito de registrar o contrato preliminar de aquisição da unidade ou, se não houver contrato, autoriza-o a registrar qualquer documento que o



incorporador lhe tenha outorgado, até mesmo um instrumento de ajuste preliminar, registro esse que confere ao adquirente direito real oponível a terceiros, com o consequente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente (artigo 35, § 4º);

(iv) Se o incorporador, sem justa causa, paralisar a obra por mais de 30 dias ou retardar seu andamento, poderá ser notificado para que a reinicie ou a recoloca em andamento normal, sendo certo que, não atendida a notificação em 30 dias, os adquirentes poderão substituir o incorporador e assumir a administração da obra (artigo 43, VI);

(v) Em caso de falência do incorporador, e tendo sido outorgadas por ele promessas de venda aos adquirentes, aplicar-se-á a legislação respectiva (artigo 43, VI, do Decreto-lei nº 7661, de 1945 - Lei de Falências); a legislação respectiva, no caso das promessas registradas no Registro de Imóveis competente, são o Decreto-lei nº 58, de 1937 (artigo 22 - promessas em geral), a Lei nº 6.766, de 1979 (promessas de lotes de terreno) e a Lei nº 4.591, de 1964 (artigo 35, § 4º - promessa ou instrumento preliminar de ajuste nas incorporações), todas elas dispendo que a promessa registrada no Registro de Imóveis competente confere ao promissário comprador direito real, oponível a terceiros, com direito a adjudicação compulsória;

(vi) Ainda em caso de falência do incorporador, ou de atraso injustificado da obra, bem como no caso de paralisação da obra por mais de 30 dias, os adquirentes poderão assumir a incorporação e prosseguir a obra com os recursos do seu orçamento próprio, só respondendo pelas dívidas e obrigações vinculadas à sua incorporação.

No contexto desse conjunto de medidas, o legislador dispensou atenção especial à segurança do adquirente na contratação da aquisição da unidade, cuidando de dar atributo de direito real não só à promessa de compra e venda, mas, também, ao instrumento de ajuste preliminar que tenha sido outorgado pelo incorporador.

Com efeito, ao registrar seu contrato de promessa de compra ou mesmo o ajuste preliminar que tenha firmado por instrumento particular, o adquirente tornar-se-á titular de direito de real sobre a futura unidade imobiliária, direito esse que será válido e eficaz contra terceiros (artigo 35, § 4º).

É relevante o fato de que a eventual falência do incorporador não altera a natureza do direito do adquirente, que, titular de direito real, oponível contra todos, tem assegurada a obtenção da adjudicação compulsória, desde que complementado o pagamento do preço. Uma vez quitada a promessa, tem o promissário direito à obtenção da adjudicação contra a massa, assegurada que está, a prevalência das regras da legislação específica relativas a essa modalidade de contrato quanto aos negócios celebrados pelo falido.

Além das normas de proteção dos adquirentes contidas na Lei das Incorporações e em outras dispersas no ordenamento, o Código de Defesa do Consumidor – CDC inclui essa modalidade de contrato entre as relações de consumo, seja porque, em regra, o adquirente encontra-se em posição de desvantagem técnica e econômica ante a empresa incorporadora, seja porque classifica o bem imóvel como *produto* para efeito das relações jurídicas de consumo, bem como porque considera a construção e a comercialização de imóveis como atividades caracterizadoras da figura de *fornecedor* (Lei 8.078/90, artigo 3º).

## 2.6 OS PONTOS VULNERÁVEIS

Não obstante a proteção *contratual* existente, o sistema carecia, entretanto, de mecanismos de proteção *patrimonial*, em decorrência de diversas lacunas existentes no aparato legal, destacando-se, em particular, a ausência de restrições ao incorporador quanto à liberdade para disposição dos patrimônios correspondentes às variadas iniciativas de negócios sob sua tutela.

Uma das principais fraquezas do sistema existente, muito embora fosse grande a evolução que representava, na época, a legislação vigente, era

constituída pela absoluta mobilidade dos acervos patrimoniais integrantes do conjunto total de negócios do incorporador, tanto imobiliários como de outras naturezas. Assim, o risco surgido em uma parte da operação da empresa acabava por contaminar todo o sistema. A contabilidade era, em geral, processada de forma centralizada, tornando obscura a tarefa de avaliação do risco e a própria tomada de decisão relativa a cada negócio em particular por parte dos adquirentes de imóveis em construção.

Outra grande lacuna que havia na legislação vigente durante o período anterior a 2004 dizia respeito à ausência de previsão de mecanismos extrajudiciais para solução adequada de problemas decorrentes da falência da empresa incorporadora, ou mesmo de instrumentos para recuperação da mesma, com vistas à conclusão da obra.

Podemos destacar, também, uma carência de meios bem definidos para o acompanhamento da evolução da obra por parte dos adquirentes, sendo este mais um fator de insegurança existente no passado recente, no que diz respeito à execução dos contratos de compra e venda de imóveis em construção.

Além disso, as incorporadoras financiavam as construções, dando em hipoteca o terreno e o prédio a ser edificado em garantia da dívida. Os recursos obtidos por esses financiamentos não eram empregados, por muitos investidores, exclusivamente para consecução da edificação correspondente, sendo grande parte do montante empregada para fins diversos do objeto da mesma, não raras vezes para saldar débitos anteriores, decorrentes de outras construções e financiamentos, provocando um ciclo vicioso.

A situação é agravada pelo costume das incorporadoras de prometer vender as unidades futuras em planta via contrato de promessa de compra e venda e com o hábito dos promitentes compradores das unidades futuras não registrarem seu título, ora porque o imóvel não estava legalizado, ora porque o imóvel estava hipotecado, ora por desconhecimento da necessidade do registro para salvaguardar o direito real à aquisição, ora por economia<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> PAIVA, João Pedro Lamana. Do Patrimônio de Afetação: Redução de Riscos. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; \_\_\_\_\_. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 36.

O exemplo mais notório das consequências das lacunas na legislação do período anterior em análise, pela dimensão dos prejuízos causados ao consumidor, é representado pela falência da incorporadora ENCOL na década de 90, empresa de grande porte que, ao quebrar, deixou cerca de 700 empreendimentos imobiliários inacabados e mais de 40.000 famílias de compradores espalhados pelo Brasil sem receber os imóveis adquiridos, cujas construções não chegaram a termo, não havendo garantias reais que pudessem sustentar medidas de indenização ou mesmo de conclusão dos objetos contratuais.

Com efeito, a denominada “Lei das Incorporações” (Lei nº 4.591/64) introduziu importantes mecanismos de defesa dos direitos dos adquirentes, particularmente (i) a exigência de arquivamento de um “memorial” contendo documentos e elementos essenciais do negócio, (ii) a obrigatoriedade de apresentação de relatórios periódicos sobre o andamento da obra, (iii) a fixação de prazo para outorga do contrato correspondente, (iv) a possibilidade de substituição do incorporador, entre outros<sup>38</sup>.

Além disso, a lei determina que os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão, os quais tenham sido firmados por instrumento particular, mesmo tratando-se de ajuste preliminar, uma vez que tenham sido registrados, conferem aos adquirentes a condição de titulares de direito real sobre as futuras unidades imobiliárias autônomas, sendo irretratáveis. Esse é válido *erga omnes*, sendo assegurada inclusive a obtenção da adjudicação compulsória perante o incorporador, na eventualidade de falência do mesmo, desde que complementado o pagamento do preço<sup>39</sup>. Uma vez quitada a promessa, tem o promissário direito à obtenção da adjudicação contra a massa.

Contudo, esse complexo sistema, por si só, não é suficiente para salvaguardar os direitos dos adquirentes de imóveis nas incorporações, em caso de desequilíbrio econômico e financeiro do incorporador, ou, pior, em

---

<sup>38</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 21.

<sup>39</sup> Art. 32, §2º, Lei nº 4.591/64.

caso de eventual insolvência do mesmo, hipóteses em que os direitos dos adquirentes ficarão sob risco de ser contaminados por efeito de outras dívidas do incorporador, que, mesmo tendo origem em outros negócios não vinculados à incorporação, poderiam comprometer o terreno e as acessões, levando muitas vezes os adquirentes a inevitáveis perdas.

O problema consiste em que, apesar de cada incorporação possuir seu traço característico e seu orçamento específico, e muito embora suas receitas próprias possam ser suficientes para levar a cabo a incorporação independente da atividade geral da empresa incorporadora, o certo é que elementos estranhos podem interferir na estruturação e no desenvolvimento físico e financeiro de cada um dos empreendimentos do incorporador, podendo levá-los ao desequilíbrio e à frustração da finalidade social e econômica do contratos.

Não havendo na lei mecanismos especiais de proteção patrimonial para eventual desequilíbrio em que o acervo de determinada incorporação seja contaminado por dívidas ou obrigações do incorporador relacionadas a outros empreendimentos, restará comprometida a conclusão da obra e a entrega das unidades, sendo incalculáveis os riscos dos adquirentes credores da incorporação. Na hipótese já mencionada de quebra do incorporador, os riscos ficam ainda mais evidentes, ficando a consecução do contrato dependente do processamento da falência e obrigando os adquirentes a buscar em juízo a solução dos problemas decorrentes.

Além disso, em caso de falência da incorporadora, os bens que integram o acervo de todas as suas incorporações devem ser arrecadados à massa, daí surgindo dúvidas e incertezas quanto à plena eficácia das disposições dos incisos III e VI do artigo 43 da Lei nº 4.591/64. O inciso III prevê que, em caso de falência do incorporador, os adquirentes serão considerados credores privilegiados da massa, enquanto que o inciso VI admite a substituição do incorporador, em caso de atraso ou paralisação da obra. A única forma destes dispositivos terem razoável eficácia é quando a incorporação tiver sido pactuada à maneira antiga de contratar, mediante compra e venda de frações do terreno (pela qual cada adquirente se torna proprietário de sua parte ideal mediante escritura de compra e venda registrada) e concomitante celebração

de contrato de construção do edifício. Nesta caso a solução há de ser relativamente simples, na eventual falência do incorporador, pois o terreno já não estará mais integrando o patrimônio deste e, portanto, não será arrecadado. No que se refere à obra, o contrato de construção poderá ser distratado, nos termos do artigo 43 da Lei de Falências, que permite ao síndico prosseguir ou não a execução dos contratos em curso, conforme seja conveniente para a massa ou não.

Entretanto, essa forma jurídica de contratação da incorporação é rara, sendo a maneira mais utilizada atualmente no mercado a contratação de promessa de compra e venda de unidade imobiliária (fração ideal + acessões) como coisa futura. Nesse caso, o incorporador é titular do domínio sobre o imóvel e, em contrapartida, é sujeito passivo de obrigação de construir e entregar a unidade, bem como da obrigação de outorgar o contrato definitivo de compra e venda. Muito embora aqui, também, se aplique a regra do artigo 43 da Lei de Falências, pela qual o Síndico da Massa dirá da conveniência ou não do cumprimento desse contrato de promessa de compra e venda, será necessária autorização judicial para transmissão do domínio para o adquirente. Nesses casos, é comum apresentarem-se duas situações: a primeira, contemplando contratos de promessa de venda registrados no Registro de Imóveis e a segunda contemplando contratos de promessa sem registro. No primeiro caso, estando os contratos registrados, a autorização poderá ser deferida à vista de documento comprobatório do registro e da comprovação do pagamento do preço; em regra, esses pedidos de autorização não encontram obstáculos, desde que comprovados o pagamento e o registro do contrato e, bem assim, desde que atendidos os requisitos e procedimentos estabelecidos pela Lei de Falências para proteção da comunidade dos credores, em geral, notadamente no que tange à precedência dos registros imobiliários. Entretanto, poderão ocorrer dificuldades nos casos em que os adquirentes tenham deixado de registrar seus contratos de aquisição de unidades, pois, enquanto na primeira hipótese (contrato registrado no Registro de Imóveis) o adquirente é investido de direito real sobre o imóvel, na outra hipótese (contrato não registrado no Registro de Imóveis), o direito do adquirente tem natureza

meramente obrigacional, e é na configuração de direito de crédito que deve ser habilitado no Juízo onde se processa a falência, ali passando a concorrer com os demais créditos, de acordo com o regime de preferências estabelecido em lei. Qualquer que seja a situação, entretanto, cada caso deverá ser examinado per si, circunstância que poderá postergar a solução e, obviamente, levar os adquirentes a sofrer prejuízos elevados e irreparáveis.

O certo é que, em regra, sobrevivendo a falência do incorporador, o terreno e as acessões, quando integrantes do patrimônio do incorporador, sem qualquer destaque, poderão ser arrecadadas, e os adquirentes só haverão de satisfazer seus direitos após a liquidação do ativo da massa, no final do processamento da falência, que pode se prolongar por muitos anos, ou mediante alvará nas hipóteses cabíveis.

A inclusão dos direitos creditórios dos adquirentes na categoria dos créditos privilegiados, como consta do artigo 43 da Lei no 4.591/64, não chega a produzir resultado na prática, pois as preferências dos créditos trabalhistas e fiscais, entre outros, deslocam os créditos dos adquirentes (de privilégio geral) para os últimos lugares na ordem legal de preferências.

Em suma, embora a construção seja, em regra, erigida parcialmente com recursos aportados pelos adquirentes, estes não têm nenhuma preferência sobre o acervo da incorporação, nem mesmo um eventual direito de indenização ou retenção por benfeitorias. Ou seja, os adquirentes contribuem para a construção de um ativo que, em caso de falência, será apropriado preferencialmente por outros credores, muitos dos quais não deram nenhuma contribuição para a construção daquelas acessões; os adquirentes só poderão apropriar-se da sobra, depois de satisfeitos os credores preferenciais, mesmo estranhos à obra.

Risco idêntico sofre o financiador da incorporação, pois os recursos que tiver aportado para a obra, convertidos em pedra e cal, acabarão sendo submetidos a concurso, para rateio entre todos os credores cujas preferências antecederem à do financiador, mesmo aqueles credores que não tenham contribuído para a execução das acessões levantadas no terreno.

Em síntese, em ambos os casos, outros credores, não vinculados à obra, mas que têm preferência sobre os direitos dos adquirentes, se apropriarão da construção realizada em parte com recursos destes últimos e do financiador da obra, deixando-lhes a sobra, se houver.

De fato, a execução de um edifício de grande porte prolonga-se por dois, três anos ou mais, e nesse período os adquirentes sujeitam-se a riscos patrimoniais, sejam decorrentes de inadequada aplicação dos recursos que tiverem entregue ao incorporador, sejam decorrentes de eventual desequilíbrio do patrimônio geral do incorporador.



### 3 O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O TRATAMENTO LEGAL RECENTE NO BRASIL A PARTIR DE 2004

#### 3.1 A NOVA LEGISLAÇÃO A PARTIR DE 2004

A Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, entre outras disposições, acrescentou ao arsenal jurídico pertinente às incorporações imobiliárias a figura do “patrimônio de afetação” e constitui o ápice de tentativas legiferantes que já há algum tempo vinham sendo feitas através de anteprojetos enviados ao Congresso Nacional até por entidades privadas do setor, e, fundamentalmente, da edição da Medida Provisória nº 2.221, de setembro de 2001, com que o Poder Executivo Federal se antecipou, tentando legislar sobre a matéria<sup>40</sup>.

A lacuna de proteção *patrimonial* existente veio a ser preenchida pela Lei nº 10.931/04, que instituiu um regime jurídico especial para o acervo correspondente às incorporações imobiliárias, com vistas à proteção dos credores vinculados a cada negócio incorporativo e dando aos adquirentes os meios de acompanhamento das etapas da obra. Ao mesmo tempo, a nova lei criou mecanismos extrajudiciais para o caso de falência, ou ainda para a instauração de procedimento de recuperação da empresa, conferindo a uma comissão de representantes dos adquirentes poderes para prosseguir a obra na hipótese de quebra do incorporador, independentes de atuação judicial e livres da concorrência com os demais credores da massa falida<sup>41</sup>.

Em meados da década de 90, com país impactado pela falência da Encol, formava-se um trágico retrato da situação à qual se havia chegado, restando consumidores sem condições de dar continuidade às obrigações e a incorporadora sem condições de devolver as quantias pagas pelos mesmos. Esta situação deixou o mercado profundamente instável e exigia providências no sentido de evitar novos casos.

---

<sup>40</sup> SCHMIDT, Francisco Arnaldo. **Incorporação imobiliária**. 2. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006, p. 88.

<sup>41</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.18.

O ambiente adverso que pairava à época deu origem a um anteprojeto de lei que, tendo sido aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, nos termos da Indicação nº 14/99, foi amplamente divulgado e convertido em quatro Projetos de Lei da Câmara de Deputados, de números 2.109/99, 3.455/00, 3.742/00 e 1.150/03. Em seguida, tendo sido incorporado ao Projeto de Lei do Executivo nº 3.065/04, o conjunto de proposições foi convertido na Medida Provisória 2.221/01, dando finalmente origem à parte da Lei nº 10.931/04 que trouxe em seu bojo várias novidades ao ordenamento jurídico brasileiro, representando um grande avanço no mercado imobiliário. O artigo 53 dessa lei acrescenta à Lei nº 4.591/64 os artigos 31-A a 31-F, os quais dispõem sobre o modo de constituição da afetação do acervo das incorporações, os mecanismos de controle e os procedimentos extrajudiciais a serem adotados em caso de insolvência da empresa incorporadora<sup>42</sup>.

O elemento central dessa alteração no panorama normativo aperfeiçoado pela nova lei se traduz no artigo 31-A, pelo qual fica estabelecida a destinação específica do acervo pertencente a cada incorporação imobiliária, ao permitir-se que tal acervo constitua um “*patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes*”<sup>43</sup>.

Com essa qualificação, os bens, direitos e obrigações vinculados à incorporação afetada passam a formar um núcleo patrimonial com autonomia funcional, só respondendo por suas próprias dívidas e obrigações. Uma comissão de representantes dos adquirentes acompanha o desenvolvimento da obra, mediante relatórios periódicos, estando legitimada para, em caso de falência ou recuperação da empresa incorporadora, assumir a administração do empreendimento e dar prosseguimento à obra, independente de intervenção judicial e com autonomia em relação ao processo de falência.

---

<sup>42</sup> CHALHUB, Melhin Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 4.

<sup>43</sup> BRASIL. Art. 31A da Lei Ordinária nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 de agosto de 2004, p. 17.

Essa autonomia, por sua vez, foi posteriormente ratificada pela Lei nº 11.101/05, que regulamenta a recuperação da sociedade empresária e do empresário. Conforme o inciso IX de seu artigo 119, as atividades relacionadas a patrimônios de afetação prosseguirão independentes do processo de falência até que cumpram sua finalidade<sup>44</sup>.

### 3.2 A TEORIA DA AFETAÇÃO NOS NEGÓCIOS CONTEMPORÂNEOS

Patrimônio pode ser definido como sendo o complexo das relações jurídicas de uma pessoa o qual tenha valor econômico. Incluem-se no patrimônio de uma pessoa a posse, os direitos reais, os intelectuais, as obrigações e as ações correspondentes a tais direitos, e excluem-se os direitos sobre a pessoa e os direitos políticos. O patrimônio abrange todos os direitos e obrigações apreciáveis pecuniariamente<sup>45</sup>.

O entendimento majoritário da doutrina é no sentido de que o patrimônio de uma pessoa física ou jurídica constitui uma universalidade, sendo por natureza indivisível e não podendo ser desmembrado. Isto porque não se admite a pluralidade de patrimônios de uma mesma pessoa.

Entretanto, a lei pode discernir dentro da universalidade patrimonial, caracterizando, em determinadas circunstâncias especiais, um núcleo de bens separado ou distinto daquela unicidade genérica em que está compreendido. A possibilidade de afetação do patrimônio a uma determinada finalidade constitui uma exceção à clássica posição doutrinária, que atribui ao patrimônio o caráter de unicidade, de indivisibilidade, pois que, dentro da universalidade patrimonial,

---

<sup>44</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.19.

<sup>45</sup> MATOS, Sandro Rafael Barioni de. Noções Gerais do patrimônio de afetação instituído pela Lei nº 10.931 de 03.08.2004. *In*: MARQUES FILHO, Vicente de Paula e colaboradores. **Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação: Lei nº 10.931/04 numa abordagem interdisciplinar**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 120.

a lei pode, eventualmente, permitir a existência de um patrimônio separado ou distinto, para que seja considerada uma universalidade autônoma<sup>46</sup>.

Teoria da Afetação é aquela através da qual se concebe uma espécie de separação ou divisão do patrimônio, pelo encargo imposto a certos bens, que são disponibilizados a serviço de um fim determinado. A afetação não importa na disposição do bem, nem, portanto, na sua saída do patrimônio do sujeito, mas tão somente na sua imobilização em função de uma finalidade<sup>47</sup>.

Segundo a teoria da afetação, mediante algumas circunstâncias, é conveniente estabelecer um regime de segregação patrimonial ou qualificar conforme certos encargos um patrimônio, para efeito de vinculá-lo a determinada finalidade. Aqui encontra-se o traço característico fundamental do patrimônio de afetação, sua razão de existência, que é a *incomunicabilidade*. Para que possa cumprir sua finalidade de proteção de bens socialmente relevantes ou para assegurar a consecução de determinada atividade econômica, é indispensável que patrimônios afetados fiquem afastados dos efeitos de negócios estranhos ao objeto da afetação. Sem que seja instituída esta separação, não é possível garantir a realização da finalidade social e econômica definida para o bem.

Apesar da existência de uma premissa de incomunicabilidade, a constituição desses patrimônios especiais não implica em desmembramento do patrimônio do sujeito como um todo: este permanece uno, abrangendo o conjunto de direitos e obrigações do seu titular. Ainda que se procure destacar mais de um acervo ativo-passivo de valores jurídicos, sempre há de exprimir a noção de patrimônio a idéia de conjunto, de reunião, e esta, segundo a própria razão natural, é una. Assim, embora haja situações em que a destinação ou a própria origem de determinados bens e direitos justifique a criação de acervos especiais, isto não configura pluralidade ou divisibilidade de patrimônio, e não obstante a separação de tais acervos ou massas, o patrimônio do indivíduo há

---

<sup>46</sup> GUEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 196.

<sup>47</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.

de ser tratado como unidade, em razão da unidade subjetiva das relações jurídicas<sup>48</sup>.

A necessidade de privilegiar determinadas atividades merecedoras de tutela especial pode ser suprida com grande eficácia mediante aplicação da teoria da afetação patrimonial, a qual prescreve a formação de acervos de bens vinculados à realização de fins determinados, como se fossem patrimônios autônomos. A ideia é particularmente útil na sociedade contemporânea, podendo-se considerar que, num extremo, a modalidade mais intensa de tutela é, obviamente, aquela constituída pela rigorosa separação entre o patrimônio pessoal do fiduciário e os bens administrados fiduciariamente<sup>49</sup>.

A razão de ser da separação patrimonial como instrumento de segurança está vinculada a dois fundamentos, sendo (i) atribuir ou reservar certos bens a uma *exclusiva destinação*, de maneira que fique excluída outra finalidade, mesmo que não possa ser alcançada, ou então (ii) reservar a um certo *grupo de credores* um determinado núcleo de bens, sobre os quais possam eles *satisfazer-se com exclusão dos outros credores*, com a consequência de que estes últimos fiquem afastados das pretensões sobre o acervo afetado, podendo satisfazer-se apenas subsidiariamente e, se necessário, sobre os restantes bens do sujeito (devedor)<sup>50</sup>.

Destinado a um fim especial, o acervo afetado é alvo de um tratamento destacado do patrimônio genérico, mas sem que se crie uma nova personalidade. Os bens objeto da afetação acham-se, sem dúvida, vinculados ao fim, encontram-se gravados de encargo ou são objeto de restrição. Separados do patrimônio e afetados a um fim, são tratados como bens independentes do patrimônio geral do indivíduo. A afetação, porém, implicará composição de um patrimônio sem se verificar a criação de uma personalidade, como se dá com as fundações. Ao contrário disso, eles se prendem ao fim, porém continuam encravados no patrimônio do sujeito. Não há, pois, razão

---

<sup>48</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.

<sup>49</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 22.

<sup>50</sup> MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. V. 2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 265.

para romper com a concepção tradicional da unidade do patrimônio, com a qual se concilia a idéia de poderem existir, nesse patrimônio, massas de bens especialmente considerados<sup>51</sup>.

A aplicação da teoria da afetação é muito recomendável para uma série de negócios típicos da sociedade contemporânea, especialmente aqueles em que se promove a captação de recursos do público para contratos de investimento coletivo, como nos fundos de investimento nas incorporações imobiliárias. Cabe ressaltar que há estrita necessidade de previsão legal para a afetação de bens e direitos, salientando que a formação desses patrimônios é submetida ao princípio do '*numerus clausus*'. Assim, para resguardar interesses de terceiros, a lei prevê expressamente os meios de publicidade da constituição dos patrimônios de afetação<sup>52</sup>.

Os princípios da teoria da afetação estão presentes como elementos essenciais na figura jurídica do *trust*, operando como mecanismo de extrema utilidade para realização de inúmeros negócios e em múltiplas situações, a exemplo do que ocorre no *investment trust*. Como se sabe, por efeito da afetação, os bens que integram a carteira do fundo de investimento não se comunicam com o ativo da instituição financeira administradora. A eventual falência ou liquidação extrajudicial dessa instituição não afeta os direitos dos titulares de quotas do fundo. Vindo a administradora a falir, os investidores a substituem, prosseguindo nos negócios<sup>53</sup>.

Pode-se definir patrimônio de afetação como sendo uma universalidade de direitos e obrigações destinada ao cumprimento de determinada função, mas que opera integrada ao patrimônio geral. Goza este acervo de bens, portanto, do que se pode caracterizar como uma *autonomia funcional*. Segundo a teoria da afetação, pode haver mais de um núcleo patrimonial sob titularidade do mesmo sujeito, sendo cada um deles constituído com o desiderato de se alcançar determinados fins jurídicos ou para viabilizar determinada exploração econômica. Para que cumpra seu objetivo, não é necessário que o bem objeto

---

<sup>51</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 248.

<sup>52</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 95.

<sup>53</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 23.

da afetação seja retirado do patrimônio do titular, mas tão somente que que seja destacado para atender a determinada finalidade, sempre mediante expressa autorização legal, estando compreendidos nessa teoria, por exemplo, o bem de família, as rendas vitalícias e o dote. A afetação do acervo significa que os credores vinculados ao patrimônio especial têm ação somente sobre bens dele integrantes, com exclusão dos outros bens do patrimônio do devedor, ou que esses credores têm preferência sobre os bens afetados.

Conforme as diferentes funções do acervo afetado e ao relacionar-se juridicamente com a espécie do negócio em que venha a ser aplicada, a afetação pode corporificar-se de formas distintas. Com relação aos fundos de investimento, por exemplo, quando a sociedade administradora adquire a propriedade dos bens e direitos que constituirão o acervo da carteira de investimentos, o faz na modalidade de propriedade fiduciária, pois embora figure como proprietária sua titularidade é meramente nominal, pois os verdadeiros titulares do conteúdo de expressão econômica daqueles bens e direitos são os subscritores das quotas do fundo. A sociedade administradora torna-se proprietária desses bens e direitos apenas para administrá-los, jamais para tirar proveito de sua exploração econômica, de modo que o resultado positivo líquido dessa exploração é destinada aos investidores. Já na incorporação imobiliária, o incorporador adquire o terreno para si próprio, sendo o beneficiário direto da exploração econômica do negócio. Sendo assim, a função da afetação neste caso é a consecução da incorporação, com a conclusão da obra e entrega das unidades aos respectivos adquirentes. Tendo o incorporador contratado a venda das unidades futuras a preço fechado, sua obrigação é de resultado e, portanto, responde ele pela execução da obra com seu patrimônio geral. Observa-se também, neste caso, que o lucro apurado no negócio da incorporação é do próprio incorporador, portanto quando for liquidado o patrimônio de afetação deve este ser apropriado no patrimônio geral do incorporador. Concluindo, caso o produto da venda das unidades de determinada incorporação não seja suficiente para levá-la a cabo, o incorporador terá que extrair recursos do seu patrimônio geral e destiná-los à conclusão da incorporação e, de outra parte, caso haja resultado positivo na

incorporação, este será levado para o patrimônio geral. Verifica-se, tanto no caso dos fundos de investimento como no das incorporações imobiliárias, que se destaca com clareza o aspecto da autonomia funcional do acervo patrimonial envolvido.

### 3.3 ADEQUAÇÃO DO NEGÓCIO INCORPORATIVO À TEORIA DA AFETAÇÃO

A atividade de incorporação imobiliária é naturalmente vocacionada para a afetação, pela relativa autonomia de cada empreendimento e também pela força da antecipação parcial de pagamentos feita pelos adquirentes. Outro poderoso elemento presente no mercado imobiliário que permite uma grande compatibilidade com a teoria do patrimônio de afetação é a sua regulamentação, bastando para isso observar a estrutura da Lei nº 4.591/64, especialmente na matéria traçada a partir do artigo 28, com especial atenção para os contornos físicos, econômico-financeiros e jurídicos do artigo 32, que dispõe sobre os documentos da incorporação a serem arquivados no Registro de Imóveis<sup>54</sup>.

É possível admitir, inclusive, que o legislador, buscando configurar as incorporações na Lei nº 4.591/64, tenha se orientado pelas linhas mestras da teoria da afetação. O artigo 32 dessa lei determina a formação de um verdadeiro dossiê, que se denomina Memorial de Incorporação, e que define por completo o objeto de cada negócio incorporativo e sua estrutura financeira, distinguindo-o dos demais empreendimentos e atribuindo-lhe identidade própria. Ao identificar com precisão os elementos que compõem cada incorporação e que são capazes de lhe conferir autonomia física e financeira, esta torna-se única, inconfundível e independente. Ao determinar a fixação dessa estrutura, pela reunião de elementos de identificação específica de cada

---

<sup>54</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 23.



empreendimento, é possível perceber que a Lei nº 4.591/64 já conferia condições de autonomia material a cada incorporação, circunstância que atrai naturalmente a incorporação para a órbita da teoria da afetação, pois o conteúdo do negócio incorporativo que o Memorial de Incorporação exprime já estabelece a caracterização e os limites do patrimônio a afetar, observada a destinação própria da atividade da incorporação, que é a construção e a entrega das unidades aos respectivos adquirentes<sup>55</sup>.

Efetivamente, compõem esse dossiê o título de propriedade do terreno, o projeto de construção, a descrição e caracterização das futuras unidades imobiliárias autônomas, a descrição das frações ideais e o orçamento da obra, além de várias outras peças enumeradas pelo artigo 32 da Lei nº 4.591/64. Tudo isso compõe um conjunto que dá caracterização própria a cada negócio de incorporação e condições potenciais para sua auto-sustentação, conferindo-lhe autonomia em relação a outras fontes de receita da empresa incorporadora. Cada incorporação tem, dessa forma, potencial de receita própria, decorrente dos créditos oriundos da alienação das unidades do empreendimento ou, eventualmente, de recursos provenientes de financiamento específico para a obra, sendo essas fontes, em princípio, suficientes para conferir independência financeira para cada empreendimento, pois o volume potencial das receitas é, naturalmente, superior ao custo da obra. Pode uma incorporação imobiliária, portanto, realizar-se com suas próprias forças, em decorrência de sua capacidade de gerar receitas autônomas e suficientes para atingir a sua finalidade específica, circunstância que assegura efeito prático à afetação dessa espécie de negócio<sup>56</sup>.

Conforme já registado, pela teoria da afetação admite-se a segregação patrimonial ou a qualificação de determinado patrimônio segundo encargos específicos, com vinculação a uma finalidade. Com base nestes pilares fundamentais da teoria, a existência da auto-sustentação financeira de cada incorporação justifica e viabiliza a sua segregação patrimonial, de modo que

---

<sup>55</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. p. 75.

<sup>56</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 24.

ela se desenvolva com suas próprias forças e com relativa autonomia, livre de pressões decorrentes de compromissos da empresa incorporadora que sejam estranhos ao orçamento da obra do patrimônio segregado<sup>57</sup>.

A construção civil é muito importante porque tem um efeito de geração de empregos diretos, indiretos e induzidos; muitos setores da economia vão bem, se a construção civil for bem<sup>58</sup>.

Como explica a exposição de motivos da Lei n° 10.931/2004:

“...o instituto do patrimônio de afetação tem como objetivo conferir segurança ao mutuário e a toda cadeia de financiamento imobiliário, reduzindo os riscos de falência da incorporadora e permitindo que, caso esse fato eventualmente ocorra, os próprios mutuários possam dar continuidade ao respectivo empreendimento. Por um lado a maior segurança dos adquirentes irá aumentar a demanda, estimulando a construção civil e, por outro lado, a segurança de continuidade aumenta o fluxo de recursos.”

A atividade da incorporação imobiliária importa captação de recursos do público e envolve interesse da economia popular e, nesse sentido, os adquirentes encontram-se em posição de desvantagem técnica e econômica em face da incorporadora. Por essas razões, os direitos dos adquirentes mereceram tutela especial, estando prevista no artigo 32 da Lei n° 4.591/64 a garantia da eficácia de salvaguarda desses direitos, em caso de desequilíbrio econômico e financeiro do incorporador.

A incorporação imobiliária é, portanto, uma das situações tipicamente merecedoras de tutela legal diferenciada, em razão do conteúdo especial que encerra. Além do interesse social do qual que se reveste esta atividade, a própria estrutura do negócio se amolda naturalmente à ideia da afetação, na medida em que, pelos contornos do empreendimento, viabilizam-se os elementos que lhe conferem identidade própria, especialmente em função do seu objeto, único e inconfundível, e do seu orçamento próprio, conjugado com a programação de receitas próprias suficientes para a completa realização do objeto. Dada essa conformação especial, o negócio da incorporação se ajusta

---

<sup>57</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. p. 76.

<sup>58</sup> DAMASO, Otávio. Aspectos socioeconômicos. **Revista do IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**, São Paulo, v. 320, n. 1, jan/mar, 2005. p. 5.

perfeitamente à ideia da afetação em decorrência de sua natural segregação e da densidade do seu conteúdo social<sup>59</sup>.

Assim sendo, a afetação é uma garantia em favor dos credores, em particular os adquirentes das unidades autônomas, que são beneficiários dessa tutela especial. Cumpre enfatizar que a afetação não atinge o direito subjetivo do incorporador que, sendo titular do terreno e das acessões, continua investido dos poderes de livre disponibilidade dos bens integrantes da incorporação. A afetação, sendo um encargo que vincula esses bens a uma determinada destinação (conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes), simplesmente condiciona o exercício dos poderes do titular da incorporação, impedindo que ele perpetre atos de desvio de destinação. Isto significa dizer que, na prática, o regime de afetação não altera a natureza do negócio jurídico da incorporação, mas apenas protege e assegura que o acervo afetado cumpra sua função.

### 3.4 O REGIME JURÍDICO DA AFETAÇÃO PATRIMONIAL

A Lei nº 10.931/04, em seu artigo 53, introduziu os artigos 31-A a 31-F na Lei nº 4.591/64, regulamentando a afetação patrimonial no âmbito da incorporação imobiliária. Os mencionados artigos introduzidos na Lei das Incorporações instituíram um regime jurídico próprio para os empreendimentos com patrimônio de afetação cujas principais características são as seguintes (artigos 31-A e 31-B, Lei nº 4.591/64)<sup>60</sup>:

(i) o regime de afetação patrimonial da incorporação imobiliária é opcional;

(ii) o patrimônio de afetação constitui-se mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, por termo firmado pelo incorporador, e, se for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno

---

<sup>59</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2005. p. 82.

<sup>60</sup> SCHMIDT, Francisco Arnaldo. **Incorporação imobiliária**. 2. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p. 89.

(frações ideais escrituradas ou prometidas vender, com título registrado – artigo 225 do Código Civil). Tratando-se das construções previstas no artigo 8º da Lei nº 4.591/64, ou seja, conjuntos de casas ou blocos de edifícios, o registro deverá constar do Memorial de Incorporação, podendo ser constituídos patrimônios de afetação separados para cada conjunto ou bloco;

(iii) não obstam a instituição do patrimônio de afetação a existência de ônus reais (por exemplo, hipoteca sobre o terreno), nem o cumprimento de obrigações de construir o edifício (por exemplo, contrato de aquisição firmado com o proprietário do terreno e o registro de uma incorporação sem prazo de carência);

(iv) o patrimônio do incorporador responde pelos prejuízos que ele causar ao empreendimento afetado;

(v) o acervo do empreendimento afetado não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral ou de outros patrimônios de afetação constituídos pelo incorporador. A lei exige que o incorporador mantenha contabilidade separada para cada incorporação afetada;

(vi) o patrimônio afetado só responde por dívidas ou obrigações vinculadas à respectiva incorporação;

(vii) os bens e direitos integrantes do patrimônio afetado somente poderão ser dados em garantia real em operações de crédito cujo produto seja integralmente destinado à edificação;

(viii) não integrarão o patrimônio de afetação os recursos financeiros que excederem as importâncias necessárias à conclusão da obra e os valores referentes ao preço da fração ideal do terreno de cada unidade, nos regimes de administração e empreitada;

(ix) em caso de financiamento para a produção, a comercialização das unidades deverá contar com a anuência do agente financiador, ou ser-lhe comunicada, conforme estabelecido no contrato de mútuo, sem que isso implique em transferência para o credor das obrigações ou responsabilidades do devedor.

Uma vez optando pelo regime de patrimônio de afetação, assume o incorporador diversas obrigações, sendo elas (artigo 31-D, Lei nº 4.591/64)<sup>61</sup>:

(i) promover todos os atos necessários à boa administração e preservação do patrimônio afetado, inclusive medidas judiciais;

(ii) manter apartados os bens de cada incorporação;

(iii) diligenciar a captação dos recursos necessários à obra, visando à sua conclusão;

(iv) entregar à Comissão de Representantes, no mínimo a cada três meses, relatório do andamento da obra, relacionando-o ao prazo e aos recursos disponíveis, além de balancetes coincidentes com o trimestre civil;

(v) manter e movimentar os recursos financeiros em contas correntes bancárias específicas para cada patrimônio afetado;

(vi) assegurar o livre acesso à obra, aos livros, aos contratos, às contas correntes e aos demais documentos e instrumentos relativos ao patrimônio de afetação, notadamente à pessoa ou órgão incumbido pelo condomínio a exercer fiscalização;

(vii) manter contabilidade completa, mesmo que desobrigado pela legislação tributária;

(viii) responder aos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação.

Embora sua existência já estivesse originalmente prevista no artigo 50 da Lei nº 4.591/64 para todos os regimes construtivos, na prática até agora só havia constituição de Comissões de Representantes para as obras sob regime de administração, principalmente para a execução das tarefas a elas cometidas nos artigos 60, 61 e 63 desse diploma, a saber:

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

---

<sup>61</sup> SCHMIDT, Francisco Arnaldo. **Incorporação imobiliária**. 2. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p. 91.

tempo das prestações.

Parágrafo único. Em caso de majoração de prestações, o novo esquema deverá ser comunicado aos contratantes, com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias da data em que deverão ser efetuados os depósitos das primeiras prestações alteradas.

Art. 61. A Comissão de Representantes terá poderes para, em nome de todos os contratantes e na forma prevista no contrato:

a) examinar os balancetes organizados pelos construtores, dos recebimentos e despesas do condomínio dos contratantes, aprová-los ou impugná-los, examinando a documentação respectiva;

b) fiscalizar concorrências relativas às compras dos materiais necessários à obra ou aos serviços a ela pertinentes;

c) contratar, em nome do condomínio, com qualquer condômino, modificações por ele solicitadas em sua respectiva unidade, a serem administradas pelo construtor, desde que não prejudiquem unidade de outro condômino e não estejam em desacordo com o parecer técnico do construtor;

d) fiscalizar a arrecadação das contribuições destinadas à construção;

e) exercer as demais obrigações inerentes a sua função representativa dos contratantes e fiscalizadora da construção e praticar todos os atos necessários ao funcionamento regular do condomínio.

Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de três prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 (dez) dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nele se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.

[...]

§ 5º Para os fins das medidas estipuladas neste artigo, a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável, isento do Imposto do Selo, na vigência do contrato geral de construção da obra, com poderes necessários para, em nome do condômino inadimplente, efetuar as citadas transações, podendo para este fim fixar preços, ajustar condições, sub-rogar o arrematante nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de construção e da quota de terreno e construção; outorgar as competentes escrituras e contratos, receber preços, dar quitações; imitar o arrematante na posse do imóvel; transmitir domínio, direito e ação; responder pela evicção; receber citação, propor e variar de ações; e também dos poderes *ad juditia*, a serem substabelecidos a advogado lealmente habilitado.

§ 6º A morte, falência ou concordata do condomínio ou sua dissolução, se se tratar de sociedade, não revogará o mandato de que trata o parágrafo anterior, o qual poderá ser exercido pela Comissão de Representantes até a conclusão dos pagamentos

devidos, ainda que a unidade pertença a menor de idade.

§ 7º Os eventuais débitos fiscais ou para com a Previdência Social, não impedirão a alienação por leilão público. Neste caso, ao condômino somente será entregue o saldo, se houver, desde que prove estar quite com o Fisco e a Previdência Social, devendo a Comissão de Representantes, em caso contrário, consignar judicialmente a importância equivalente aos débitos existentes, dando ciência do fato à entidade credora.

[...]

Entretanto, a partir da disciplina legal do patrimônio de afetação, a Comissão de Representantes (abordada no artigo 31-C, Lei nº 4.591/64) veio a tornar-se indispensável pela nova redação do artigo 50 do referido diploma:

Art. 50. Será designada no contrato de construção ou eleita em assembléia geral uma Comissão de Representantes composta de três membros, pelo menos, escolhidos entre os adquirentes, para representá-los perante o construtor ou, no caso do art. 43, ao incorporador, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação, e, em especial, perante terceiros, para praticar os atos resultantes da aplicação dos arts. 31-A a 31-F. (*Caput* com redação determinada pela Lei nº 10.931/04)

Isto ocorre em virtude da extensa gama de prerrogativas e obrigações que a Lei nº 10.931/04 atribui à Comissão, tais como<sup>62</sup>:

(i) receber do incorporador, a cada três meses, demonstrativo do estado da obra e sua adequação com o prazo contratado e recursos financeiros recebidos no período, bem como balancetes coincidentes com o trimestre civil;

(ii) nomear pessoa física ou jurídica para fiscalizar a administração do patrimônio;

(iii) convocar a Assembléia Geral dos condôminos-adquirentes para deliberar sobre a continuidade da obra, em caso de falência ou insolvência do incorporador;

(iv) executar a decisão da Assembléia Geral, quer quanto à continuidade da obra, quer quanto à liquidação do patrimônio de afetação, para tanto ficando

---

<sup>62</sup> SCHMIDT, Francisco Arnaldo. **Incorporação imobiliária**. 2. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p. 92.

investida de mandato legal com poderes de outorga da escritura das frações ideais do terreno, firmar os contratos de construção e administrar a incorporação. Na hipótese de liquidação, o mandato compreende poderes para efetivar a alienação do terreno e acessões, pagar e prestar contas aos condôminos, consignando em juízo os valores dos ausentes;

(v) concluída a obra, entregar à massa falida o saldo positivo entre receitas e custo da construção;

(vi) alienar, pelos critérios do artigo 63 da Lei nº 4.591/64 (praça e leilão), as unidades que, até a decretação da quebra do incorporador, não tiverem sido por ele vendidas a terceiros;

(vii) realizadas essas vendas, deverá a Comissão de Representantes pagar as obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, observadas as preferências legais, sucessivamente, no prazo de cinco dias após receber as parcelas do preço;

(viii) reembolsar os condôminos dos eventuais adiantamentos para cobrir aqueles encargos;

(ix) reembolsar à entidade financiadora as quantias entregues para a construção;

(x) reembolsar o condomínio dos valores fornecidos para financiar o custeio das unidades de responsabilidade do incorporador (artigo 35, § 6º, Lei nº 4.591/64);

(xi) entregar ao proprietário-alienante do terreno o preço apurado na venda, em proporção ao valor da fração ideal, se ele for pessoa distinta da do incorporador;

(xii) entregar à massa falida o saldo, se houver.

A Lei nº 10.931/04 contém a previsão da inexistência de Comissão de Representantes por ocasião da decretação da falência ou insolvência do incorporador, devendo a mesma então ser eleita na Assembléia Geral que se realizará nos sessenta dias após a quebra (artigo 31-F, § 1º, Lei nº 4.591/64). Entretanto, é da maior relevância que, constituído o patrimônio de afetação,



seja imediatamente eleita a Comissão de Representantes, para que acompanhe e fiscalize, por si ou por pessoa física ou jurídica contratada, a administração da obra desde o seu início, até como condição para bem assessorar o condomínio em sua crucial decisão de dar continuidade ao patrimônio ou extingui-lo. Cuidando da fiscalização desde o início, a Comissão minimizará os riscos de surpresas desagradáveis ao assumir a administração e o pagamento de obrigações, principalmente as de natureza trabalhista, previdenciária e tributária.

Considerando, como já referido, que a afetação encerra um regime de vinculação de receitas, de modo a assegurar a consecução da destinação definida, destacam-se duas premissas contidas neste regime legal: (i) a constituição de garantias reais só é admitida em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à realização da incorporação e (ii) o produto da cessão de créditos, plena ou fiduciária, passa a integrar o patrimônio de afetação.

Cabe ressaltar, entretanto, que a afetação não importa em bloqueio integral do fluxo financeiro correspondente às receitas de vendas, vinculando a esse regime somente os recursos necessários ao cumprimento da destinação precípua desse negócio jurídico, qual seja a conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes.

Outro aspecto relevante é que, no contexto do regime especial tributário estabelecido pela Lei nº 10.931/04, o artigo 9º transfere para as pessoas dos adquirentes a responsabilidade pelo pagamento de determinadas obrigações tributárias e trabalhistas, no caso de falência da empresa incorporadora. Dispõe o citado artigo que, nesta hipótese, “perde eficácia a deliberação pela continuidade da obra (...), bem como os efeitos do regime de afetação instituídos por esta lei, caso não se verifique o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação (...), as quais deverão ser pagas pelos adquirentes em até um ano

daquela deliberação, ou até a data da concessão do habite-se, se este ocorrer em prazo inferior.”<sup>63</sup>

Além da disciplina específica da afetação, a nova lei cuidou de simplificar procedimentos visando facilitar ao máximo a outorga dos direitos aos adquirentes na hipótese de falência do incorporador. Nesse sentido, o § 3º do artigo 31-F, que foi acrescentado na Lei nº 4.591/64, investe a Comissão de Representantes de poderes irrevogáveis para outorgar aos adquirentes o contrato definitivo a que estiver obrigado o incorporador, dispensando o procedimento de adjudicação compulsória e, ainda, livrando os adquirentes do encargo de ir buscar em juízo, no processo de falência, alvará para obtenção da escritura definitiva.

Com efeito, cabe aqui resumir quais serão os procedimentos em caso de recuperação ou falência da empresa incorporadora, tendo em vista que, como já mencionado, os efeitos da insolvência não atingem o patrimônio de afetação, de modo que o conjunto de bens, direitos e obrigações que o compõem não serão arrecadados à massa. Importante salientar que, aqui, a administração do negócio será exercida pela Comissão de Representantes dos adquirentes, não pelo administrador da recuperação ou da falência. Nos 60 (sessenta) dias que se seguirem à eventual decretação da quebra do incorporador, os adquirentes realizarão a Assembléia Geral, na qual constituirão o condomínio da construção e deliberarão sobre o destino do empreendimento, havendo duas opções: a) prosseguir com a obra, levando-a a termo; ou b) liquidar o acervo da incorporação.

a) Prosseguimento da obra: a Comissão de Representantes deverá cuidar da venda dos apartamentos que a incorporadora ainda não tiver comercializado, mediante leilão extrajudicial. O produto da venda será destinado ao pagamento das dívidas vinculadas ao patrimônio afetado da incorporação, de acordo com a ordem legal de preferências. A eventual sobra deste primeiro estágio da operação deve ser arrecadada à massa falida. A

---

<sup>63</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 32.

seguir, a comissão de representantes passará a receber as prestações devidas pelos adquirentes, constantes dos contratos de aquisição das unidades, e a aplicar as respectivas importâncias na construção. Se a receita for superior ao montante das obrigações do patrimônio de afetação, a diferença será arrecadada à massa. Entretanto, se a receita for inferior e tiverem sido feitos aportes em valor superior ao preço convencionado nos contratos de aquisição, a diferença será habilitada como crédito dos adquirentes. Importante lembrar que, conforme anteriormente referido, a decisão pela continuidade da obra transfere aos adquirentes a responsabilidade pela quitação das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas existentes, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, nos termos do artigo 9º da Lei nº 10.931/04;

b) Liquidação do patrimônio: a Comissão de Representantes promoverá a venda do acervo da incorporação em leilão extrajudicial, pagará os créditos também segundo a ordem legal de preferências, restituirá aos adquirentes as quantias que tiverem pago e arrecadará o saldo, se houver, à massa. Se esta restituição não for integral, o valor que faltar para completá-la será habilitado como crédito dos adquirentes.

No que diz respeito a questões tributárias, além do regime genérico de lucro real, a Lei nº 10.931/04 criou um outro regime, opcional, aplicável somente se o incorporador tiver constituído o patrimônio de afetação. Por essa sistemática, o incorporador pagará a alíquota de 7% sobre a receita mensal recebida. Conforme o artigo 2º, opção pelo regime especial de tributação será efetivada quando atendidos os seguintes requisitos: (i) entrega do termo de opção ao regime especial de tributação na unidade competente da Secretaria da Receita Federal e (ii) afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária.

### 3.5 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COMO GARANTIA DE BENS IMÓVEIS EM FACE DA LEI SOBRE PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Destaca-se a figura da alienação fiduciária de bens imóveis como uma modalidade relativamente recente de contrato, a qual tem como finalidade prestar garantia de uma obrigação principal por parte do devedor do negócio jurídico. Aplica-se perfeitamente à incorporação imobiliária.

É o contrato no qual o adquirente (devedor, fiduciante) convencionou transmitir ao incorporador ou instituição financeira envolvida (credor, fiduciário), como escopo de garantia, a propriedade resolúvel do bem imóvel. O credor permanece proprietário do imóvel pelo prazo necessário a que o devedor pague o preço total da aquisição, revertendo a propriedade ao devedor (adquirente) tão logo este satisfaça a condição, ou seja, o pagamento do preço<sup>64</sup>.

Neste caso, a alienação fiduciária terá como objeto a fração ideal de terreno e as acessões que a ela se agregarem. Em qualquer modalidade deste tipo de contrato, o incorporador transmite ao adquirente os direitos aquisitivos do imóvel (*iuri utendi e fruendi*, isto é, direito de utilizar e de fruir), e conserva consigo o domínio, só o transmitindo após o pagamento integral do preço. Significa dizer que o credor do preço manter-se-á como titular do domínio e só o transmitirá quando de complementado o pagamento do preço, bastando um simples termo de quitação do credor.

No entendimento de Pedro Vanzella, sob o aspecto jurídico, a alienação fiduciária serve de título para aquisição de propriedade de imóvel, como garantia de cumprimento de obrigação principal. Sob o aspecto econômico e social, ela visa incrementar e dar suporte financeiro ao mercado imobiliário<sup>65</sup>.

Segundo Vicente de Paula, dentro de um contexto mais amplo, a alienação fiduciária de bens imóveis é mais um mecanismo para fomentar o

---

<sup>64</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 175.

<sup>65</sup> VANZELLA, apud MARQUES FILHO, Vicente de Paula e colaboradores. **Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação**: Lei nº 10.931/04 numa abordagem interdisciplinar. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 62.

mercado imobiliário, desacreditado pelas intervenções do Estado nos contratos em curso e pela ineficiência do processo de execução para satisfazer o credor<sup>66</sup>.

Segundo Caramuru Afonso Francisco, a Lei 10.931/04 também introduziu alteração no Código Civil, inserindo o artigo 1.368-A, versando sobre a propriedade fiduciária:

Art. 1.368. O terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária.

Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial. (Incluído pela Lei nº 10.931/04)

Esta alteração ocorreu com o fito de harmonizar a criação de dois regimes jurídicos para a propriedade fiduciária sobre bens imóveis infungíveis em nosso ordenamento: um restrito aos casos em que uma das partes pertence ao mercado financeiro, cujo regramento se dá por outra lei, e outro em que nenhuma das partes é deste segmento da economia, cujo regramento se dá através do Código Civil<sup>67</sup>.

### 3.6 EXTINÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

O patrimônio de afetação extingue-se fundamentalmente pelas três situações previstas na Lei nº 4.591/64:

---

<sup>66</sup> MARQUES FILHO, Vicente de Paula e. **Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 44.

<sup>67</sup> FRANCISCO, Caramuru Afonso. **O Novo regime jurídico dos contratos, das incorporações, do registro imobiliário e da alienação fiduciária em garantia**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 161.

a) conforme o artigo 31-E, I<sup>68</sup>, pelo cumprimento, pela incorporadora, das obrigações para com os adquirentes das unidades e para com a instituição financeira, se houver;

b) conforme o artigo 31-E, II<sup>69</sup>, pela revogação em razão da denúncia da incorporação, após devolvidas as quantias pagas aos adquirentes, segundo o artigo 36<sup>70</sup>, ou outras hipóteses previstas em lei; e

c) conforme o artigo 31-E, III, na hipótese da Assembléia Geral deliberar pela liquidação de todos os débitos relativos à incorporação.

Dentro da primeira hipótese, quando houver financiamento imobiliário através de instituição financeira, somente após quitação desse contrato se dará a extinção do patrimônio de afetação.

Na segunda hipótese, uma vez previsto expressamente no contrato de incorporação prazo de carência para desistência do empreendimento, que será no máximo de 180 dias, e o incorporador assim o fizer, ocorrerá a denúncia ou rescisão. Deverá ser encaminhado o requerimento ao registro de imóveis competente, dentro do prazo estabelecido. Com a rescisão unilateral do contrato, o incorporador fica exonerado da obrigação de realizar o empreendimento. Entre outras situações hipóteses, conforme mencionado no artigo 31-E, II, podemos citar a título de exemplo a resolução consensual do contrato, pois nada obsta de que as partes desistam do negócio, desde que com a mesma formalidade da criação do patrimônio de afetação. Este distrato deve primar pelo princípio da boa-fé que rege os contratos. Podemos ressaltar ainda, segundo Vanzella, que no caso de atraso injustificado da obra pelo incorporador, de forma a prejudicar o término da mesma, poderá em

---

<sup>68</sup> Artigo 31-E, I - averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento.

<sup>69</sup> Artigo 31-E, II – revogação em razão de denúncia da incorporação, depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas (art. 36), ou de outras hipóteses previstas em lei.

<sup>70</sup> Artigo 36. No caso de denúncia de incorporação, nos termos do art. 34, se o incorporador, até 30 dias a contar da denúncia, não restituir aos adquirentes as importâncias pagas, estes poderão cobrá-la por via executiva, reajustado o seu valor a contar da data do recebimento, em função do índice geral de preços mensalmente publicado pelo Conselho Nacional de Economia, que reflita as variações no poder aquisitivo da moeda nacional, e acrescido de juros de 6% ao ano, sobre o total corrigido.

Assembléia a Comissão de Representantes deliberar sobre a liquidação do patrimônio de afetação ou continuação do empreendimento<sup>71</sup>.

De acordo com a terceira hipótese, em caso de falência do incorporador, e estando a incorporação imobiliária registrada como patrimônio de afetação, as unidades remanescentes são apartadas da massa e passam à administração da Comissão de Representantes, que irá colocá-las à venda para fazer caixa, isto é, arrecadação de ativos. O incorporador entrega o bem e se exonera do pagamento das cotas de custeio. Mas, em caso de não ter sido instituído o patrimônio de afetação, integram a conta *estoque* e, portanto, o acervo da massa falida, causando prejuízos aos adquirentes<sup>72</sup>.

Como já abordado, o patrimônio de afetação não é atingido no caso de insolvência ou falência do incorporador. Neste caso, a Comissão de Representantes tem 60 dias para decidir sobre a continuação da obra ou liquidação do patrimônio de afetação.

---

<sup>71</sup> VANZELLA, apud MARQUES FILHO, Vicente de Paula e colaboradores. **Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação**: Lei nº 10.931/04 numa abordagem interdisciplinar. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p.77.

<sup>72</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2005, p. 125.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos afirmar que o consumidor hoje está consideravelmente mais protegido, em consequência da nova legislação imobiliária, a partir da vigência da Lei nº 10.931/04, que constitui uma garantia de extrema eficácia em benefício dos credores em geral vinculados a cada negócio incorporativo, favorecendo em especial os adquirentes, na medida em que lhes assegura a preservação de suas aplicações e lhes outorga o direito de assumir a administração do negócio e prosseguir a obra com autonomia em relação a eventual falência da empresa incorporadora, prerrogativa que veio a ser reafirmada pelo artigo 119, inciso IX, da Lei de Recuperação da Sociedade Empresária e do Empresário (Lei nº 11.101/05).

Entretanto, apesar do direito positivo brasileiro ter sido dotado dessa nova e importante garantia, certas distorções ainda permanecem no contexto. A mais grave deficiência é que Lei nº 10.931/04 desviou-se do fundamento axiológico que justifica a qualificação da incorporação imobiliária como um patrimônio de afetação, ao deixar a critério exclusivo do empresário sua adoção, e não como uma garantia natural daqueles que a ele confiaram suas economias. Criou-se uma estranha situação na qual é o devedor quem decide se dará ou não esta importante garantia pelo cumprimento de suas obrigações.

Na dinâmica natural da atividade de incorporação, o empresário realiza captação de recursos do público e, além disso, contrai obrigações perante os adquirentes. O contrato de incorporação tem como objeto obrigação de fazer: da parte do incorporador, a obrigação de promover a construção, averbar no Registro de Imóveis a construção das unidades, entregá-las aos adquirentes e outorgar-lhes títulos aquisitivos, bem como responder pela evicção; da parte do adquirente, a obrigação de pagar o preço. O crédito do incorporador é garantido pela própria unidade, tenha ela sido comercializada sob forma de promessa de compra e venda com pacto adjeto de hipoteca ou com pacto adjeto de alienação fiduciária. Já o crédito do adquirente, caso não haja afetação, não terá nenhuma garantia específica, a não ser o patrimônio geral do incorporador, o qual, em caso de recuperação judicial ou falência, ficará



comprometido em razão da concorrência com os demais credores da massa falida<sup>73</sup>.

Entre os elementos da incorporação imobiliária destaca-se a captação de recursos do público e sua aplicação em determinada obra. Ao realizar oferta pública de imóveis a construir, o incorporador está lidando com a economia popular, circunstância que torna a situação merecedora de tutela especial, sobretudo considerando-se que um dos propósitos basilares da afetação é disciplinar essa modalidade de captação de recursos e preservar o patrimônio formado pelas contribuições dos adquirentes e demais credores. Exatamente por isso a afetação no negócio imobiliário deveria incidir compulsoriamente, por força da própria lei, tal como ocorre com a afetação do imóvel de moradia definida pela Lei nº 8.009/90 (bens de família). Ao deixar a afetação a critério do incorporador, o texto atual da Lei 10.931/04, no que tange a esse aspecto, concede vantagem exagerada à parte hipersuficiente, o que vai na contramão de todos os projetos apresentados à Câmara Federal, os quais deram origem ao instituto, que de maneira uníssona apregoavam a incorporação imobiliária como um patrimônio de afetação instituível por força do simples registro do Memorial de Incorporação.

Uma outra distorção que merece tratamento é a imputação da responsabilidade pelo pagamento dos débitos tributários, previdenciários e trabalhistas existentes por ocasião da falência do incorporador, conforme determina o artigo 9º da Lei nº 10.931/04, o que é absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico e social. Essas dívidas oneram o patrimônio de afetação, sendo totalmente imprópria a transferência de tal responsabilidade para o patrimônio pessoal dos adquirentes. Além disso, a perda da eficácia da afetação, caso os adquirentes não venham a saldar tais dívidas do incorporador no prazo de um ano, como previsto no dispositivo, causa prejuízo não somente aos adquirentes, mas principalmente aos trabalhadores. Perdendo sua eficácia a afetação, o acervo da incorporação será arrecadado à massa falida, só podendo ser liquidado ao final do processo de falência,

---

<sup>73</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 30.

ficando os trabalhadores submetidos às vicissitudes do mesmo. Por outro lado, no contexto da afetação, os trabalhadores manterão seus empregos e receberão seus créditos diretamente do ativo desse patrimônio, que estará sendo administrado pela Comissão de Representantes, independente de provimento judicial e sem interferência dos demais credores. Verifica-se, ainda, a desnecessidade desse arbitrário dispositivo legal pela leitura do § 11 do artigo 31-F da Lei nº 4.591/64, que já contempla a sub-rogação dos adquirentes nos direitos e obrigações da incorporadora, entre essas os débitos fiscais, previdenciários e trabalhistas vinculados à respectiva incorporação. O próprio § 1º do artigo 31-A já dispõe que é o ativo do patrimônio de afetação que responde pelas obrigações contraídas para cumprimento de sua finalidade, ou seja, somente esse acervo responde pelas dívidas<sup>74</sup>.

Seria necessário, portanto, urgência no ajuste da lei ao propósito de proteção dos direitos patrimoniais dos adquirentes, tornando compulsória a aplicação da afetação a todas as incorporações e, além disso, derogando o artigo 9º da Lei nº 10.931/04, como meios de assegurar a plena realização da função social do contrato e da propriedade no contexto das incorporações imobiliárias.

Não obstante os ajustes necessários à legislação, conclui-se que o novo aparato normativo analisado no presente estudo constitui grande evolução no contexto geral, sendo de extrema conveniência qualificar cada incorporação imobiliária como um patrimônio de afetação, vinculando todo o conjunto de direitos e obrigações relacionadas ao empreendimento à consecução desse negócio em particular e, ao mesmo tempo, protegendo-o de eventuais alterações patrimoniais negativas da empresa incorporadora, de modo a viabilizar a conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes com independência de eventual processo falimentar e sem necessidade de busca da prestação jurisdicional.

---

<sup>74</sup> CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 31.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, 728 p.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no CDC: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. São Paulo: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 18, abril/junho, 1996.

BOTTEGA, Jéverson Luis. **Incorporação Imobiliária e a responsabilidade civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005, 182 p.

BRASIL. Lei Ordinária nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 de dezembro de 1964.

BRASIL. Lei Ordinária nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 de agosto de 2004.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação imobiliária: ensaio de uma teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, 285 p.

CHALHUB, Melhim Namem. A afetação do acervo das incorporações imobiliárias. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo direito imobiliário e registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, 540 p.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, 501 p.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, 391 p.

DAMASO, Otávio. Aspectos socioeconômicos. **Revista do IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**, São Paulo, v. 320, n. 1, jan/mar, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 11. ed., 1996, 611 p.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. V.3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, 786 p.

FIGUEIREDO, Ivanildo. **Direito imobiliário**. São Paulo: Atlas, 2010. 270 p.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. **O Novo regime jurídico dos contratos, das incorporações, do registro imobiliário e da alienação fiduciária em garantia.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, 246 p.

GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de defesa do consumidor e do Código civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 224 p.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 523 p.

GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 436 p.

MARQUES FILHO, Vicente de Paula e colaboradores. **Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação: Lei nº 10.931/04 numa abordagem interdisciplinar.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006, 165 p.

MATOS, Sandro Rafael Barioni de. Noções Gerais do patrimônio de afetação instituído pela Lei nº 10.931 de 03.08.2004. *In:* MARQUES FILHO, Vicente de Paula e colaboradores. **Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação: Lei nº 10.931/04 numa abordagem interdisciplinar.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006, 165 p.

MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial.** V. 2. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

PAIVA, João Pedro Lamana. Do patrimônio de afetação: redução de riscos. *In:* TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; \_\_\_\_\_. **Novo direito imobiliário e registral.** São Paulo: Quartier Latin, 2008, 540 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. **Revista do Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 4, julho/dezembro 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1995, 334 p.

SCHMIDT, Francisco Arnaldo. **Incorporação imobiliária.** 2. ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. 250 p.

SILVA, Bruno Mattos e. **Compra de imóveis: aspectos jurídicos, cautelas devidas e análise de riscos.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 290 p.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Propriedade imobiliária e o registro de imóveis: perspectiva histórica, econômica, social e jurídica.** São Paulo: Quartier Latin, 2011. 301 p.