

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC – SP**

**JOSÉ ROBERTO DE OLIVEIRA JUNIOR**

**A RESPONSABILIDADE DO INCORPORADOR IMOBILIÁRIO  
EM FACE DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO**

São Paulo

2014

JOSÉ ROBERTO DE OLIVEIRA JUNIOR

**A RESPONSABILIDADE DO INCORPORADOR IMOBILIÁRIO  
EM FACE DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito Contratual da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP para obtenção do título de especialista em Direito Contratual.

**Orientador:** Profa. Dra. Greice Patrícia Fuller

São Paulo

2014

*Dedico este trabalho aos meus avós Virgílio e Elide, e meu Tio Virgílio de Oliveira Júnior, que são os meus valores, as minhas raízes e minhas forças para trilhar o caminho da vida.*

## **RESUMO**

A presente monografia analisa o negócio da incorporação imobiliária e a responsabilidade do incorporador junto ao adquirente. Para tanto, trata da formação do contrato de incorporação, as obrigações e direitos dos adquirentes e do incorporador, sua extinção, as responsabilidades do incorporador, falência e seus efeitos junto ao adquirente e demais partes que participam do negócio da incorporação imobiliária. O trabalho busca demonstrar a evolução da legislação brasileira em face dos fatos ocorridos na sociedade e que exigiram do legislador atuação para regular e dar segurança jurídica as relações decorrentes da incorporação imobiliária. Contudo, veremos que a sua adoção pelo incorporador é opcional e por isso acaba por deixar de conferir ao mercado as vantagens do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária.

Palavras-chave: Incorporação Imobiliária. Responsabilidade do incorporador.

## **ABSTRACT**

This monograph examines the business of real estate development and the responsibility of the developer with the acquirer. To this end, deals with the formation of the merger agreement, the rights and obligations of purchasers and the developer, its extinction, the responsibility of developer, bankruptcy and its effects with the acquirer and other parties involved in the real estate business. The paper seeks to demonstrate the evolution of the Brazilian legislation in the face of the facts in society and demanded that the legislature acting to regulate and provide legal certainty relations arising from real estate development. However, we see that its adoption by developer is optional and ultimately fail to give the Market the advantages of earmarked assets in real estate.

Keywords: Real Estate Development. Responsibility of the developer.

## SUMÁRIO

Introdução .....	8
<b>CAPÍTULO 1 – Aspectos Essenciais e Basilares do Instituto da Incorporação Imobiliária</b> .....	11
1.1. Conceito .....	11
1.2. Escorço Histórico .....	14
1.3. Contrato de Incorporação: .....	18
1.3.1. Características.....	18
1.3.2. Natureza Jurídica.....	21
1.3.3. Elementos .....	23
a) Objeto .....	23
b) Partes.....	24
c) Forma.....	25
1.4. Modalidades de Construção na Incorporação Imobiliária .....	27
1.5. Órgãos de Representação dos Adquirentes .....	29
1.6. Extinção do Contrato de Incorporação Imobiliária.....	35
<b>CAPÍTULO 2 – Responsabilidade do Incorporador Imobiliário no Direito Brasileiro</b> .....	39
2.1. Obrigações e Direitos na Incorporação Imobiliária.....	39
a) Do Incorporador.....	39
b) Do Adquirente.....	46

2.2. Responsabilidade prevista na Lei de Incorporação Imobiliária .....	48
2.3. Aspectos da atividade do Incorporador Imobiliário e a proteção ao Meio Ambiente .....	49
2.4. A atividade do Incorporador Imobiliário no âmbito consumerista .....	54
2.5. Estruturas Jurídicas – Segregação do Risco da Atividade do Incorporador .....	58
2.5.1. Sociedade de Propósito Específico – SPE.....	60
2.5.2. Patrimônio de Afetação – PA.....	63
a) Constituição do Regime da Afetação .....	64
b) Obrigações e Direitos decorrentes do Patrimônio de Afetação .....	65
c) Extinção da Afetação .....	68
2.6. Falência do Incorporador Imobiliário.....	69
Conclusão .....	74
Referências Bibliográficas .....	78

## **Introdução**

A atividade da incorporação imobiliária se desenvolveu em decorrência dos problemas habitacionais provocados pela concentração da população, vinda dos campos, nos grandes centros urbanos a partir da Revolução Industrial.

Contudo, a legislação existente não era suficiente para disciplinar a profissão do incorporador, o que permitia que a atividade da incorporação imobiliária fosse realizada por qualquer pessoa, não exigindo, a norma, qualquer requisito mínimo ou qualificação técnica desse profissional.

Com o surgimento dessa nova atividade, construção e alienação de unidades autônomas em planos horizontais, também vieram os problemas dela decorrentes.

Dentre esses problemas, muitas vezes, era normal a pessoa que realizava essa atividade, após comercializar as futuras unidades autônomas, abandonar a construção sem qualquer explicação ou justificativa aos adquirentes e ao construtor, inclusive, era difícil responsabilizá-lo pelos danos gerados às partes envolvidas na construção da edificação.

Em razão dessa insegurança gerada, pela omissão legal, seja quanto aos requisitos mínimos para exercer a atividade da incorporação imobiliária, seja quanto a responsabilidade pelos negócios jurídicos gerados, durante o período militar foi promulgada a Lei 4.591 de 16 de dezembro de 1964, que passou a dispor sobre condomínio em edificações e incorporações imobiliárias.

Mas essa legislação, que neste ano completa cinquenta anos, não foi suficiente para evitar danos e prejuízos aos adquirentes das unidades imobiliárias, e ao segmento da construção civil, provocados pela irresponsabilidade de incorporadores na condução desse negócio, como foi o caso da construtora Encol.

Em razão desse colapso no segmento da construção civil, demonstraremos por meio deste trabalho a evolução do instituto da incorporação imobiliária e os

mecanismos de proteção aos adquirentes e de responsabilidade do incorporador que foram introduzidos na atividade da incorporação imobiliária, e que vieram trazer segurança jurídica a esse negócio depois do caso Encol.

No Capítulo 1 dissertaremos sobre o que é o negócio jurídico da incorporação imobiliária, com sua estrutura jurídica, que permite ao incorporador, além de alienar a futura unidade imobiliária, durante a construção, realizar também as atividades de construtor e de corretor de imóveis, ou seja, a incorporação imobiliária reúne numa única atividade econômica aspectos de vários institutos jurídicos a serviço de um único objetivo, qual seja, construir edificação, composta de várias unidades autônomas, para entrega de suas unidades aos adquirentes.

Além disso, no Capítulo 1 será verificada a origem histórica e a evolução da atividade do incorporador na sociedade, com seu conceito, natureza jurídica, partes e as suas formas de sua extinção.

Para o Capítulo 2, iremos dissertar sobre as obrigações e responsabilidade das partes – incorporador e adquirentes das unidades – previstas na lei de incorporação, especialmente, quanto a atividade do incorporador e seu reflexo no âmbito do consumidor e meio ambiente.

E ainda, demonstraremos os efeitos do caso Encol, que provocou a adoção pelo mercado de novas estruturas jurídicas, com a finalidade de dar segurança jurídica a quem comprava imóveis em construção e para quem investia nesse segmento, como é a inserção da Sociedade de Propósito Específico – SPE, e, posteriormente, com o mesmo objetivo, o surgimento do regime de afetação aplicáveis as incorporações imobiliárias.

A SPE se baseava na constituição de uma sociedade com um único e especial objeto social, qual seja, a construção e vendas das unidades de um único empreendimento imobiliário. A SPE será analisada mais detalhadamente no segundo capítulo, mas basicamente sua função era permitir e garantir, por meio das disposições do seu contrato social, a construção do empreendimento, a entrega das

unidades e apuração do resultado – lucro – somente após o pagamento de todos os credores do empreendimento.

O regime de afetação aplicado à incorporação imobiliária é um sistema de proteção das partes vinculadas a uma incorporação imobiliária, dentro do qual os adquirentes são a parte mais frágil e que mereceu tratamento diferenciado do legislador para proteção de seu direito junto ao incorporador.

Por fim, demonstraremos também, no Capítulo 2, as consequências de cada uma dessas estruturas jurídicas, adotadas na incorporação imobiliária, quando do descumprimento pelo incorporador das obrigações prevista na lei de incorporação, especialmente, quanto a eventual falência do incorporador.

## Capítulo 1 – Aspectos Essenciais e Basilares do Instituto da Incorporação Imobiliária

### 1.1. Conceito

A atividade de incorporação imobiliária é considerada pela Lei 4.591/1964 como atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações, ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas<sup>1</sup>.

O objetivo principal dessa atividade é construir edificações para alienação a terceiros, contudo, não se resume a essa simples equação.

Analisando a definição trazida pela lei, nos termos acima transcrito, quanto a incorporação imobiliária, podemos verificar que a atividade de incorporação imobiliária não é simples, mas complexa porque envolvem atos heterogêneos e ao mesmo tempo complementares.

A incorporação imobiliária pode parecer simples ou que representaria apenas a atividade de construção de “prédios” ou “casas” para quem não exerce ou conhece essa atividade. Contudo, vai além dessa ideia, pois é uma estrutura que compreende, além da ideia de construir, a definição de onde construir, como construir, da contratação de pessoas para construir, da obtenção de recursos para sua construção, da venda das futuras unidades e demais atos complementares seja para transferência da propriedade aos adquirentes e de regularidade junto aos órgãos públicos.

---

<sup>1</sup> Artigo 28, parágrafo único da Lei 4.591/1964

Segundo o professor Melhim Namem Chalhub, incorporação imobiliária tem:

tem o significado de mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo a arregimentação de pessoas e a articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção até a sua conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis.<sup>2</sup>

Para demonstrar esse complexo de atos que integram o negócio da incorporação imobiliária, vale a pena citar a exemplificação feita pelo professor Caio Mário da Silva Pereira<sup>3</sup>, qual seja:

- (i) uma pessoa, isto é, o incorporador, procura o dono de um terreno bem localizado e propõe a ideia de realizar a construção de um edifício, estabelecendo a forma de participação do proprietário na incorporação imobiliária da futura edificação;
- (ii) feito isso, o incorporador vai ao arquiteto que lhe apresenta um projeto;
- (iii) o projeto é levado ao construtor que elabora um orçamento do custo dessa construção;
- (iv) com os dados dos itens anteriores, o incorporador poderá definir os valores das unidades da futura edificação que serão disponibilizadas à venda;
- (v) comercializadas unidades em número suficientes para que o incorporador possa ter recursos para obra da edificação, se dá início a construção;
- (vi) realizada a construção da edificação e realizado o pagamento do preço, o incorporador transfere a propriedade ao adquirente.

Verifica-se, de um modo geral, que a atividade de incorporação imobiliária não se resume ao ato em si de construir as edificações, mas a reunião de fatores que são necessários para alcançar a realização da construção e a alienação das edificações.

---

<sup>2</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob.cit., p.10.

<sup>3</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. ob.cit. p.191.

A demonstração dessa reunião de fatores na atividade de incorporação imobiliária está presente no artigo 29 da Lei 4.591/64 que qualifica como 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 ... ou que meramente aceita propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação....

E, como explica Caio Mário da Silva Pereira<sup>4</sup>, o incorporador é:

- a) “*corretor*” porque aproxima o dono do terreno com os compradores;
- b) “*mandatário*” porque atua em nome do proprietário do terreno junto aos compradores, que são representa junto ao construtor e fornecedores;
- c) “*gestor de negócio*” nas situações eventuais defende os interesses do dono do terreno e dos adquirentes;
- d) “*industrial da construção civil*”;
- e) “*financiador*” quando utiliza recurso próprio na construção da edificação ou aceita receber o preço da unidade construída durante determinado prazo após a conclusão das obras;
- f) “*comerciante*”, em razão venda das unidades em construção.

Seguindo a lição de Caio Mário da Silva Pereira, o professor Hely Lopes Meireles afirma que:

a figura do incorporador apresenta-se multiforme, ora mediando o negócio, ora financiando o empreendimento, ora construindo o edifício, ora adquirindo apartamentos para revenda futura – mas, em todas essas modalidades, a sua constante é ser o elemento propulsor do condomínio”<sup>5</sup>.

Neste sentido também é o ensinamento do professor Melhim Namem Chalhub afirmando que:

o incorporador opera como elemento catalisador, que se incumbe mobilizar os recursos necessários à consecução do negócio, desde sua gênese até a conclusão do edifício e entrega das unidades aos adquirentes.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. ob. cit. p.193.

<sup>5</sup> Meirelles, Hely Lopes. Direito de Construir, 11ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.280.

<sup>6</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob.cit., p.20.

Em razão das características da incorporação imobiliária, a princípio, não seria possível definir um conceito exato, observando os conceitos tradicionais dos contratos, que utilizados poderiam ser insuficientes para conceituar a natureza desse negócio.

Contudo, como nos ensina Caio Mário da Silva Pereira<sup>7</sup>, é pela Teoria da Empresa que poderemos conceituar a atividade da incorporação imobiliária como uma atividade econômica, profissional e que apresenta organização de fatores da produção – bens e trabalho.

A Teoria da Empresa foi adotada pela legislação brasileira nos termos do artigo 966 do Código Civil, e estabeleceu que empresário é “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou a circulação de bens ou serviços”.

Pela definição legal, temos que todos os atos que compõem a incorporação imobiliária, que em linha geral mencionamos neste capítulo, demonstram ser uma atividade econômica organizada, com finalidade de lucro, para produção e comercialização de imóveis durante sua construção.

Desse modo, pelas características apresentadas na Lei 4.591/1964, a atividade da incorporação imobiliária pode ser considerada como uma *empresa*.

## 1.2. Escorço Histórico

Segundo o professor Melhim Namem Chalub<sup>8</sup>, na década de 1930, a concentração de pessoas em grandes centros urbanos proporcionou a construção de unidades em planos horizontais, isto é, o aproveitamento de um único terreno para construção de várias unidades habitacionais.

---

<sup>7</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. ob. cit. p.194.

<sup>8</sup> Chalub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária, 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.2.

J. Nascimento Franco<sup>9</sup> menciona que esse aproveitamento do solo também teve o objetivo de eliminar os problemas sociais, como transporte, comunicação, policiamento, etc, caso as cidades crescessem indefinidamente para os lados, o que geraria perda de tempo e gastos desproporcionais.

Não existia legislação específica aplicável para reger a atividade de alienar unidades integrantes de edificações em construção que surgia nos grandes centros.

O Código Civil de 1916 regravava apenas a divisão de terras por glebas, casas no plano vertical e condomínio ordinário, sem qualquer tratamento ou previsão de condomínio em planos horizontais<sup>10</sup>.

Apenas em 1928, a sociedade brasileira passou a ter lei específica que passou a considerar como autônoma cada unidade integrante de uma edificação, possibilitando, dessa forma, sua alienação para edifícios de dois ou mais pavimentos, bem como regulava a ocupação desses edifícios, por meio do Decreto-lei 5.481 de 25 de junho de 1928.

A procura pela aquisição de unidades residenciais integrantes de uma única edificação, e o desenvolvimento da construção civil, fez surgir a atividade da incorporação imobiliária, que segundo Caio Mário da Silva Pereira, veio a ser caracterizada não pelo direito, mas em razão do desenvolvimento da sociedade, dos negócios que envolviam a construção de imóvel, e pouco a pouco, surgiram pessoas que realizavam uma atividade peculiar, ligada a estes empreendimentos, e com o tempo constituiu-se a figura, que se batizou com o nome de incorporador, gostou do apelido e ficou.<sup>11</sup>

Melhim Namem Chalub relata que:

o “incorporador”, embora fosse o organizador do negócio, nem sempre se apresentava como parte integrante dos contratos ou de quaisquer

---

<sup>9</sup> Franco, J.Nascimento Franco. Gondo, Niske. Incorporações Imobiliárias. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.2.

<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, 2ªed. rev. atual. e ampl., 2011, p.60.

<sup>11</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 11ª ed.. São Paulo: Forense, 2014,, p. 191.

outros atos negociais, pois limitava-se a localizar um terreno adequado para construção, contatar seu proprietário, reunir pessoas interessadas, promover a contratação da aquisição das frações ideais do terreno, vinculando essas pessoas e o proprietário do terreno, bem como promover a contratação da construção com uma empresa construtora. Nessas circunstâncias, o “incorporador”, embora tenha articulado toda a operação, não figurava como parte em nenhum contrato, não sendo obrigatoriamente identificado e, portanto, em muitos casos dificilmente poderia ser responsabilizado pela incorporação que articulou<sup>12</sup>.

Para demonstrar essa falta de responsabilização do incorporador, Caio Mário da Silva Pereira<sup>13</sup> cita uma decisão do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal (Rio de Janeiro), em 1944, onde o incorporador foi equiparado ao corretor, e não lhe foi imputada qualquer responsabilidade pelos contratos gerados com a sua atividade porque representariam simples promessa.

Contudo, nesse julgamento foi proferido um voto vencido, onde ficou registrado que o incorporador:

não é um simples corretor, mas uma figura que é necessário bem focalizar, pois da sua honestidade e exatidão no cumprimento das obrigações depende a estabilidade dos negócios de apartamentos. Sustenta que é responsável perante as pessoas com quem tratar, responsável especialmente perante o grupo interessado pela real existência dos negócios correlatos, verdadeira chave do empreendimento.<sup>14</sup>

A não necessidade de requisitos mínimos para exercer essa atividade, e a irresponsabilidade do incorporador, se mostrava temerária e gerava desconfiança aos interessados na aquisição desses imóveis quanto a conclusão e qualidade da construção a ser realizada.

Além disso, o Decreto-lei 5.481/28, apesar de dar autonomia a cada unidade integrante da edificação, não atendia às necessidades dos titulares dessas unidades, pois quando da eventual alienação era exigida a anuência dos demais proprietários das outras unidades. Demonstrando claramente que essa norma foi elaborada observando os requisitos tradicionais do condomínio.

---

<sup>12</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob.cit., p.3.

<sup>13</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. ob.cit. p. 193

<sup>14</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. loc. cit.

Para o professor Melhim Namem Chalhub a Lei 4.591/1964 seria o percussor do sistema de defesa do consumidor, previsto no Código de Defesa do Consumidor, pois:

trinta anos antes da formulação do CDC, a Lei 4.591/1964 já positivava no direito brasileiro um sistema de proteção ao adquirente de imóveis em construção e fixava a responsabilidade do incorporador e demais profissionais envolvidos no negócio estruturado nos mesmos princípios que vieram a orientar o referido Código, isto é, os princípios da boa-fé, no seu sentido objetivo, e da função social do contrato, com eficazes mecanismos de compensação da vulnerabilidade da posição contratual do adquirente.<sup>15</sup>

Apesar de todo o sistema de proteção presente na lei de condomínio e incorporações, as suas normas não foram suficientes para evitar o caso Encol nos anos noventa, de repercussão nacional, um drama vivido por muitas famílias no país e que ainda, em pleno século vinte e um, não terminou para algumas delas.

O caso Encol levou a retração do mercado imobiliário no país, pois não existiam pessoas interessadas na aquisição dos imóveis, instituições financeiras tinham receio de novo “calote” e com isso deixavam de financiar a produção de empreendimentos imobiliários e por consequência a atividade da construção civil deixava de contratar os trabalhadores, refletindo, por consequência, no aumento do desemprego e da pobreza no país.

Em razão desse acontecimento, foi desenvolvida, por pessoas atuantes no mercado imobiliário do país, uma estrutura jurídica que permitisse maior controle e fiscalização do mercador, com a finalidade de evitar os prejuízos iguais aos gerados pelo caso Encol.

Contudo, essa estrutura jurídica, apesar de ter sua eficiência, não era obrigatória por força de lei, mas por uma condição de negócio das instituições financeiras para concessão de financiamento imobiliário.

---

<sup>15</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob.cit., p. 4.

Segundo o professor Melhim Namem Chalhub<sup>16</sup> faltava proteção efetiva aos adquirentes das unidades e aos que contribuem com a construção do empreendimento. Sendo necessária a segregação dos bens e direitos de cada incorporação, que não responderiam por qualquer outra obrigação do incorporador, e seriam utilizados unicamente e exclusivamente para construção das unidades imobiliárias da respectiva incorporação, e, em caso de falência, não seriam arrecadados para massa, permitindo que os seus adquirentes continuassem na realização das obras.

Na busca dessa segurança aos adquirentes de imóveis em construção, decorrente de incorporação imobiliária, foram apresentados projetos de lei, que após amplo debates entre o governo federal e dos setores envolvidos, foi publicada a Medida Provisória nº2221 de 04 de setembro de 2001, que deu origem a Lei 10.931/2004, alterando a lei de incorporações para introduzir o regime de afetação às incorporações imobiliárias, que possibilita proteger determinada incorporação imobiliária das demais dívidas e obrigações do incorporador, e concede aos adquirentes, em caso de atraso injustificado ou falência, o direito de substituir o incorporador e dar continuidade das obras do empreendimento.

### **1.3. Contrato de Incorporação Imobiliária**

#### **1.3.1. Características**

Para o Melhim Namem Chalhub é:

negócio jurídico pelo qual o incorporador se obriga a realizar, por si ou por terceiros, a construção de unidades imobiliárias em edificação coletiva e, bem assim, a transmitir a propriedade dessas unidades aos respectivos adquirentes, firmando os respectivos contratos durante a construção; em contrapartida, obrigam-se os adquirentes a pagar o preço das unidades que se comprometem a adquirir.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup>Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob.cit., p.372.

<sup>17</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p .141.

Hely Lopes Meirelles define contrato de incorporação imobiliária como:

ajuste pelo qual o incorporador se compromete a construir diretamente ou por terceiros e, a final, transferir a propriedade horizontal de unidades autônomas de um mesmo edifício de dois ou mais pavimentos, assim como as partes ideais do terreno e das áreas de utilização comum, aos tomadores de apartamentos, mediante um preço fixo, ou ajustável ao custo de construção nas condições estabelecidas na convenção de condomínio.<sup>18</sup>

Verifica-se, pelas definições acima, que o contrato de incorporação imobiliária pode ser entendido como negócio jurídico pelo qual o incorporador realiza a construção e alienação das futuras unidades autônomas integrantes de edificação durante sua fase de construção.<sup>19</sup>

Para sua realização, o contrato de incorporação imobiliária se reveste de uma estrutura jurídica integrada por diversos contratos para realização da construção, alienação e transferência das unidades autônomas aos adquirentes.

A estrutura jurídica do contrato de incorporação imobiliária, basicamente, é composta pelos seguintes contratos: a) contrato de promessa e compra e venda, b) contrato de construção; c) contrato de compra e venda.

Melhim Namem Chalhub afirma que:

a Lei 4.591/1964 instituiu um regime jurídico especial para a formação, execução e extinção do contrato de incorporação, dotando-o de feição própria, mais ampla e mais complexa do que aquela que caracteriza isoladamente cada uma das espécie de contrato que, reunidas, formarão uma nova estrutura contratual. É que, apesar de ter por objeto a transmissão de propriedade imobiliária, o fato de o contrato ser celebrado durante a construção reveste-o de características distintas da simples compra e venda e reclama articulação de mecanismos próprios para atender às peculiaridades do negócio jurídico da incorporação.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito de Construir*. ob. cit. p.279.

<sup>19</sup> Artigo 28, parágrafo único da Lei 4.591/1964: “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.

<sup>20</sup> Chalhub, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. ob. cit., p.142.

Pelo entendimento do professor Melhim Namem Chalhub, acima transcrito, com o advento da lei de incorporação imobiliária, as características de cada um dos contratos que integram a estrutura jurídica do contrato de incorporação foram ampliadas e passaram a agregar os requisitos legais definidos pela Lei 4.591/1964. Ou seja, se alguém promete vender imóvel em construção, obrigatoriamente, deverá ter realizado o registro do memorial de incorporação.

Melhim Namem Chalhub<sup>21</sup> destaca três distinções entre o contrato de incorporação e os de venda e compra e de construção, quais sejam:

- a) a construção é elemento do contrato de venda e compra no regime jurídico da incorporação imobiliária, diferentemente da venda de imóvel com a construção averbada no Registro Imobiliário;
- b) o contrato da incorporação imobiliária tem seu caráter coletivo, e para sua realização depende de atos de todos os adquirentes e do incorporador;
- c) sujeição do contrato de venda a fiscalização pela Comissão de Representantes dos adquirentes em prol do interesse coletivo que envolve a incorporação imobiliária.

Vale dizer que até a construção dessa estrutura jurídica do negócio da incorporação imobiliária, o incorporador provavelmente precisou realizar outros negócios jurídicos precedentes, como compra e venda ou permuta do terreno onde será construída a edificação, para viabilizar sua intenção de incorporar determinado empreendimento.

E ainda, essa estrutura jurídica não se extingue ou se limita até a conclusão física da edificação, pois com registro do seu “habite-se” e demais condições exigidas pela lei junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente, proporcionará a constituição e existência jurídica do Condomínio Edifício nos termos do artigo 1.331 do Código Civil, bem como de cada uma das unidades autônomas integrantes da edificação.

---

<sup>21</sup>Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.143.

Por essas razões, podemos afirmar que a incorporação imobiliária é atividade complexa, mas não somente pela reunião de diversos contratos, mas, pela existência de relações e efeitos jurídicos desde a intenção do incorporador em incorporar, durante a construção da edificação, e até o registro da conclusão das obras do empreendimento junto ao Registro Imobiliário.

### 1.3.2. Natureza Jurídica

A atividade da incorporação imobiliária, como já afirmamos, está prevista e regulamentada pela Lei 4.591/1964, sendo definida no parágrafo único do seu artigo 28 como “atividade exercida com intuito de promover e realizar a construção, para alienação parcial ou total, de edificações, ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

Para definição da natureza jurídica da atividade de incorporação imobiliária, que é constituída fundamentalmente por atos de construção e alienação das futuras unidades promovidas pelo incorporador, adotamos a classificação do professor Melhim Namem Chalhub, que define como negócio jurídico típico bilateral, consensual, oneroso, comutativo, solene e de execução continuada<sup>22</sup>.

A incorporação imobiliária é negócio:

(i) **típico:** sua definição está prevista em lei, onde estão indicados quem pode exercer essa atividade, estabelecendo os direitos e obrigações do incorporador e do construtora, os requisitos para sua validade, os direitos dos adquirentes das unidades autônomas, as infrações que eventualmente venham a ser praticadas pelo incorporador;

(ii) **bilateral:** estabelece obrigações entre as partes presentes no negócio da incorporação imobiliária, e podem ser caracterizadas da seguinte forma:

a) relação entre incorporador e construtor: o incorporador, quando contrata terceiro para executar a obra, tem a obrigação de disponibilizar recursos para construção da edificação e o construtor tem a obrigação de realizar a construção;

---

<sup>22</sup>Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.149.

b) relação entre incorporador e adquirente: o incorporador tem a obrigação de realizar a construção da edificação, por si ou por meio de terceiros, bem como realizar a entrega e transferência da propriedade da unidade autônoma ao adquirente, e este tem a obrigação de realizar o pagamento do preço estabelecido no compromisso de venda e compra.

(iii) **consensual**: se aperfeiçoa quando da declaração de vontade das partes envolvidas;

(iv) **oneroso**: as partes objetivam vantagens, mas estabelecem encargos recíprocos, ou seja, o incorporador pretende o lucro nessa atividade econômica, mas, para tanto, tem o encargo de construir e entregar a unidade pronta e acabada ao adquirente;

(v) **comutativo**: as obrigações das partes são relativamente equivalentes, isto é, o preço pago ao incorporador tem certa equivalência com o valor econômico da unidade autônoma;

(vi) **solene**: a validade jurídica do negócio da incorporação imobiliária depende do atendimento dos requisitos previstos na Lei 4.591/1964, dentre eles, talvez o mais importante, é o registro do memorial de incorporação junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente, pois sem o atendimento dessa condição o incorporador não poderá compromissar a venda as futuras unidades do empreendimento durante a sua construção, sob pena de caracterizar infração penal contra a economia popular;

(vii) **execução continuada**: as prestações das partes, isto é, a realização da construção pelo incorporador e o pagamento do preço ocorrem de forma periódica e de acordo com a evolução da construção da edificação.

### 1.3.3. Elementos

#### a) Objeto

O negócio da incorporação imobiliária estabelece ao incorporador obrigações de dar e fazer consistente na construção e entrega da edificação pelo qual se obrigou, bem como tem característica de direito real porque dá origem a nova propriedade imobiliária que será destinada a seu adquirente.

Segundo Melhim Namem Chalhub<sup>23</sup> o contrato de incorporação imobiliária possui elementos de natureza obrigacional e natureza real sendo que o elemento de natureza obrigacional é o objeto imediato do contrato de incorporação, isto é, obrigação de fazer e dar – construir e entregar – para o incorporador e de pagar o preço para o adquirente, conforme estabelecido no respectivo compromisso de compra e venda. Contudo, a entrega da unidade ao adquirente, que realizou o pagamento do preço, dependerá da conclusão das obras e seu registro junto ao Serviço de Registro de Imóveis.

E, a natureza real do contrato de incorporação, segundo o mesmo jurista, é seu objeto mediato pois consiste na transferência ao adquirente da nova propriedade imobiliária junto ao Registro de Imóveis competente. O imóvel, na condição de objeto mediato do contrato de incorporação, não se refere somente a unidade autônoma, mas também a respectiva participação na área comum que compõe a edificação do qual a unidade é parte integrante.

Vale citar que o professor Melhim Namem Chalhub também inclui a “causa” como elemento do contrato de incorporação, para melhor entendimento do seu conteúdo e alcance, afirmando que:

o objeto do contrato, no plano do direito obrigacional que encerra, constitui-se pela relação jurídica que ele visa a criar, e esse objeto é o meio técnico adequado à realização da finalidade perseguida pelos contratantes. Já a razão jurídica do contrato de incorporação é a constituição de novos direitos de propriedade. Efetivamente, a criação de

---

<sup>23</sup>Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p. 151.

um direito real, tendo como objeto a nova unidade imobiliária que o incorporador se obriga a produzir, é que constitui a causa, a razão jurídica do contrato de incorporação imobiliária.<sup>24</sup>.

Adotando a “causa” como elemento do contrato de incorporação imobiliária explica de forma clara que o objeto dessa atividade não é simples construção de edificação, é muito mais que isso porque envolve a criação de novos direitos reais.

## **b) Partes**

Como regra, a atividade da incorporação imobiliária tem como partes principais o incorporador e o adquirente. Contudo, dependendo da estrutura jurídica do negócio, que será estabelecida pelo incorporador, poderemos ter outros personagens, tais como o proprietário do terreno, o construtor, a instituição financeira financiadora da construção do empreendimento.

Exemplificando, poderemos ter como partes:

- a) incorporador e adquirente: incorporador responsável pela alienação e construção das unidades integrantes do empreendimento, que uma vez prometidas à venda, terão seus recursos utilizados na construção da edificação;
- b) incorporador, construtor e adquirente: diferente do exemplo anterior, o incorporador não constrói, mas contrata terceiros para sua realização;
- c) incorporador, adquirente e instituição financeira: nessa situação, o incorporador, responsável pela construção, com a finalidade de garantir recursos suficientes para conclusão das obras, contrata financiamento imobiliário.

Importante destacar que, além dessas partes, temos uma personagem de suma importância e que não é muito mencionada, na prática, quando se fala de incorporação imobiliária, que é a Comissão de Representantes dos adquirentes das unidades do respectivo empreendimento imobiliário. A Comissão de Representantes, que trataremos especificamente mais adiante, funciona como fiscalizadora da atividade do incorporador, acompanhando a realização das obras e

---

<sup>24</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p. 152.

representando os interesses dos adquirentes junto ao incorporador nos termos definidos pelo artigo 50 da Lei 4.591/1964, especialmente, quando da eventual paralização ou falência do incorporador, uma vez que a lei lhe outorga poderes para administrar a incorporação, exercendo todos os direitos e cumprindo os deveres necessários à conclusão da construção e entrega das unidades aos seus adquirentes.

Mas, como todo negócio jurídico, a incorporação imobiliária deverá ter objeto lícito, capacidade das partes e forma não defesa em lei.

O artigo 31 da lei de incorporação restringiu quem tem legitimidade para ser incorporador, estabelecendo que a iniciativa caberá ao:

- a) proprietário do terreno, onde será construída a edificação, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário, desde que possua título com imissão na posse, permissão para realização da venda das frações ideais e autorize a construção da futura edificação;
- b) construtor, por meio de mandato com poderes outorgados, pelas pessoas mencionadas no item anterior, para realização dos atos decorrentes da incorporação imobiliária;
- c) corretor de imóveis, nos mesmos termos do construtor;
- d) ente da Federação imitido na posse a partir de decisão proferida em processo de desapropriação em curso ou o cessionário deste.

Dessa forma, somente às pessoas acima relacionadas são as que estão legitimadas ao exercício da atividade de incorporação imobiliária, caso contrário, será considerado negócio jurídico nulo nos termos do artigo 166 do Código Civil.

### **c) Forma**

A incorporação imobiliária é formalizada por escrito e mediante registro junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente.

Como requisito ao exercício da incorporação imobiliária, o incorporador deverá apresentar ao Registro Imobiliário requerimento do arquivamento dos documentos exigidos pela lei, onde será feita a descrição das unidades autônomas e

da edificação que serão construídas, e que servirá posteriormente a conclusão das obras, para dar existência jurídica a construção seja sob o aspecto individual, unidade autônoma destinada à propriedade do adquirente, ou sob aspecto coletivo, com a existência do condomínio especial ou edilício.

Com o registro do memorial de incorporação, o incorporador está autorizado por lei a realizar a comercialização das frações ideais das futuras unidades autônomas. Razão pela qual, quando realizada a alienação ao adquirente, todas as descrições e informações que constam do memorial de incorporação sobre a edificação que será construída, e que foi registrado no Registro Imobiliário, são cláusulas ou condições complementares e integrantes de cada compromisso de compra e venda celebrado entre incorporador e adquirente, uma vez que o registro do memorial de incorporação gera a obrigação ao incorporador de comercializar e construir as futuras unidades conforme ali declaradas e registradas.

Neste sentido afirma Melhim Namem Chalhub que:

o memorial de incorporação enuncia a identificação daquilo que haverá de ser o objeto de comercialização em cada contrato de venda, isto é, a fração ideal do terreno e a descrição da unidade autônoma que a ela se vinculará, bem como o conteúdo das obrigações essenciais do incorporador nesse contrato, notadamente o projeto que deverá ser executado, a especificação dos materiais que deverão ser aplicados na obra e o valor da obra expresso em orçamento, tudo isso integra-se como parte inseparável do negócio jurídico da incorporação. Dispondo sobre todos esses elementos, o memorial integra-se como parte inseparável do negócio jurídico da incorporação.<sup>25</sup>

Outra formalidade que podemos destacar no negócio imobiliário, é a averbação, junto ao Registro Imobiliário competente, da conclusão das obras do empreendimento objeto da incorporação imobiliária, que proporcionará a existência jurídica de cada uma das unidades autônomas integrantes da edificação concluída.

Além disso, essa formalidade também gerará a instituição do condomínio edilício previsto no artigo 1331 do Código Civil.

---

<sup>25</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p. 157.

#### 1.4.Modalidades de Construção na Incorporação Imobiliária

Como já afirmamos, a atividade de construção integra a estrutura do negócio jurídico da incorporação imobiliária, contudo, não se confundem.

Hely Lopes Meirelles adverte que:

o contrato de incorporação de condomínio não se confunde com o contrato de construção de edifício. Aquele é convenção que se faz entre o incorporador e os interessados na formação do condomínio para realização do empreendimento; este é o ajuste que se realiza entre o incorporador e o construtor para levantamento do edifício.<sup>26</sup>

Esta distinção e as modalidades de construção, aplicáveis na incorporação imobiliária, estão previstas na disposição do artigo 48, caput, da Lei 4.591/1964, estabelecendo que “a construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei, poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração, conforme adiante definidos, e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.”.

Importante ressaltar que a lei de incorporações estabelece que tanto o projeto de construção e o memorial descritivo das edificações são partes integrantes do contrato celebrado com o adquirente, inclusive, obriga que conste nele o prazo da conclusão e entrega das obras e as condições para sua prorrogação.

Pelo teor do dispositivo legal, acima citado, temos presentes na atividade de incorporação duas modalidades de construção, a do regime de empreitada e de administração ou preço de custo.

A construção da edificação sob o regime de empreitada se caracteriza pela definição do preço da construção, diferentemente do regime de administração, onde o preço é estimado e os adquirentes respondem pelo custo efetivo da construção da edificação.

---

<sup>26</sup> Meirelles, Hely Lopes. Direito de Construir. ob. cit. p.281.

## Segundo Hely Lopes Meirelles:

se a incorporação for empreitada, o preço será fixo e inalterável até a conclusão das obra, segundo a regra do artigo 619 do Código Civil de 2002, salvo a superveniência de fatos imprevisíveis e excepcionais que ensejem sua revisão; se for por administração, do próprio incorporador ou de terceiro, o custeio da obra corre por conta dos tomadores de unidade autônomas, que suportam as oscilações de preço e demais riscos econômicos da construção.<sup>27</sup>

A construção sob regime de empreitada está prevista nos artigos 55 a 57 da Lei 4.591/1964, e o regime de administração tem seu regramento estabelecido pelos artigos 58 a 62 do mesmo diploma legal.

Pelo regime de empreitada, que poderá ser de material e/ou de mão de obra na forma prevista no Código Civil, o preço poderá ser fixo ou reajustável por índices previamente determinados.

Caso o preço seja reajustável, a lei de incorporação determina que em toda publicidade e propaganda deverão ser discriminados o preço da fração do terreno e o preço da construção, especificando sua condição de ser o preço reajustável.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a discriminação de preço da fração do terreno tem a finalidade de não incidir sobre ela os índices de reajustamento porque é um valor naturalmente estável.<sup>28</sup>

Além do preço fixo, essa modalidade de construção se faz por prazo determinado, onde os pagamentos serão realizados de acordo com a conclusão de cada uma das etapas previstas no cronograma físico financeiro das obras do empreendimento em construção.

Para construção sob regime de administração, como já afirmamos, o preço é estimado e responderão os adquirentes pelo pagamento do valor integral de obra.

---

<sup>27</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito de Construir*. ob. cit. p.280.

<sup>28</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. ob. cit. p.297.

Contudo, essa estimativa deverá ser revista semestralmente pela Comissão de Representantes e o construtor.

Vale dizer que por esse regime, obrigatoriamente, se adotado, deverá ser realizada uma assembleia para aprovar o orçamento das obras, a forma de pagamento da responsabilidade de cada um dos adquirentes, bem como eleger a Comissão de Representantes.

Nas publicidades e propagandas para promover a incorporação imobiliária sob o regime de administração, assim como no regime de empreitada, a lei de incorporação também determina que conste o preço da fração ideal do terreno e do orçamento atualizado do custo da construção da unidade, com a indicação do mês a que se refere o orçamento.

Por fim, importante dizer que independente do regime adotado, se por empreitada ou administração, o adquirente somente será imitado na posse do seu imóvel se estiver em dia com suas obrigações frente ao incorporador, inclusive, quanto a construção, podendo ser exercido pelo incorporador ou, se for o caso, construtor e condomínio o direito de retenção da respectiva unidade nos termos do artigo 52 da Lei 4.591/1964.

### **1.5.Órgãos de Representação dos Adquirentes**

Ao analisarmos a estrutura da incorporação imobiliária e como se desenvolve, desde a ideia do incorporador em construir determinado empreendimento, passando pelo seu lançamento com o registro do memorial de incorporação, a sua construção da edificação e alienação das unidades autônomas, verificamos que temos presente interesses individuais, já que cada um dos adquirentes não se conhece de fato ou entre si, mas juridicamente possuem interesses comuns, isto é, a conclusão da edificação da qual as respectivas unidades dos adquirentes são partes integrantes.

Segundo Melhim Namem Chalhub<sup>29</sup> a celebração individual de contrato pelo incorporador com cada um dos adquirentes poderá dar a falsa ideia de interesse individual de cada adquirente, mas a natureza do negócio imobiliário lhe atribui característica de interesse coletivo e comum a todos os adquirentes.

O negócio jurídico da incorporação imobiliária acaba por transformar o interesse individual de cada adquirente dando-lhe natureza de interesse comum e coletivo que tem por realizar um único objetivo que é a construção e entrega da edificação prevista no memorial de incorporação.

Em razão desse interesse comum, este deverá ser realizado ou pretendido por decisão em conjunto de todos os adquirentes e por um órgão de representação junto ao incorporador. Para tanto, a Lei 4.591/1964 estabeleceu como órgão de deliberação a Assembleia dos Contratantes e como órgão de fiscalização e administração a Comissão de Representantes – nos termos dos respectivos artigos 49 e 50 da Lei 4.591/1964.

Vale dizer que esses órgãos de representação são importantes na execução da incorporação imobiliária, tanto que tiveram suas funções e poderes aumentados, para controle e fiscalização da atividade do incorporador, com a inserção do instituto do patrimônio de afetação nos termos da Lei 10.931/2004, uma vez que o incorporador que adotar esse regime de segregação patrimonial terá a obrigação de apresentar a cada três meses relatórios do estado da obra e sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros. E ainda, conferiu a Comissão de Representantes o poder de administrar a incorporação em caso de destituição do incorporador pelo procedimento extrajudicial prevista no normativo acima citado.

Contudo, acreditamos que essas obrigações, que vieram ser destacadas pelo regime de afetação, já são devidas pelo incorporador, pois, nos termos do artigo 43, I da Lei 4.591/1964, é dever do incorporador informar o estado da obra a cada 6 meses.

---

<sup>29</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.169.

Além disso, essa obrigação já estaria sobre a proteção do Código de Defesa do Consumidor, pois ao consumidor lhe é atribuído o direito à informação do produto que está sendo adquirido, o que, no caso da incorporação imobiliária, inclui o estado da obra e aplicação dos recursos para sua construção.

Ou seja, a lei estabeleceu a obrigatoriedade da efetiva transparência ao negócio do incorporador e, com a intenção de equilibrar essa relação jurídica, harmonizando interesses, foram criados esses órgãos de representatividade dos interesses dos adquirentes.

A Assembleia é prevista para todas as modalidades de incorporação imobiliária, mas, no entendimento de Melhim Namem Chalhub<sup>30</sup> esse órgão de representação é mais útil quando os adquirentes tenham celebrado contrato de construção com o construtor.

Durante a execução das obras do empreendimento, a Assembleia poderá ser convocada pelo incorporador ou construtor ou 1/3 dos adquirentes das unidades do empreendimento nos termos do artigo 49, parágrafo primeiro da Lei 4.591/1964.

Se adotado o regime de afetação, a Assembleia tem papel fundamental, pois, em caso de falência ou insolvência do incorporador, será deliberada a continuidade ou não da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação, conforme previsto no artigo 31-F, parágrafo primeiro combinado com artigo 43, III, todos da Lei 4.591/1964.

Vale citar como exemplo da importância da Assembleia na incorporação imobiliária é a possibilidade do condomínio de construção adquirir as unidades que não foram comercializadas pelo incorporador desde que deliberado em Assembleia e observada a ordem de preferência prevista no artigo 31-F, parágrafo 17 da Lei 4.591/1964.

---

<sup>30</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.170.

As decisões da Assembleia dependerão de quórum específico para as seguintes situações previstas na lei:

- a) revogação da decisão da Comissão de Representantes ou alteração da composição daquele órgão: maioria absoluta dos adquirentes – artigo 50, §2º;
- b) exercer direito de preferência dos bens: decisão unânime dos presentes – artigo 63, §3º;
- c) destituição do incorporador: maioria absoluta dos adquirentes – artigo 43, VI;
- d) prosseguimento da incorporação, com instituição do condomínio de construção, ou sua liquidação: dois terços dos adquirentes em primeira convocação ou maioria absoluta em segunda convocação – 31-F, §1º.;
- e) venda do terreno e acessões, em caso de liquidação do patrimônio de afetação: dois terços dos adquirentes – artigo 43, VII.

O outro órgão de representatividade dos adquirentes, a Comissão de Representantes, está prevista no artigo 50 da Lei 4.591/1964. Esse dispositivo legal determina que a Comissão de Representante deverá ser formada por no mínimo três membros escolhidos entre os adquirentes, e terá a finalidade de representar os adquirentes junto ao incorporador e seus interesses no cumprimento e bom andamento da incorporação imobiliária, isto é, a execução das obras de construção e entrega das unidades do empreendimento imobiliário.

Vale ressaltar que o advento do instituto do patrimônio de afetação, como já dissemos, atribui a Comissão de Representantes poderes de representação também frente a terceiros, sendo autorizado pela lei, na defesa de seus interesses, a prática de atos resultantes da aplicação das regras previstas para incorporação imobiliária submetida ao regime de afetação, quando o incorporador for considerado falido ou tiver sido destituído em caso de paralisação injustificada das obras.

Segundo Melhim Namem Chalhub foi criada para:

representar os adquirentes no acompanhamento da construção, em todas as suas etapas, fiscalizando a arrecadação das contribuições dos adquirentes e a aplicação dos recursos por parte do construtor, bem como para promover, entre outras atividades, a venda da unidade pertencente a adquirente inadimplente e a incorporador insolvente e, ainda, para assumir a administração da incorporação em caso de falência ou destituição do incorporador, praticando todos os atos necessários a tal fim, inclusive a realização da venda das unidades que, na data da decretação da falência, ainda não tiverem sido alienadas pelo incorporador<sup>31</sup>.

Ao comentar a representatividade da Comissão de Representantes, Caio Mário da Silva Pereira afirma que:

a Comissão de Representantes dos adquirentes recebe o *poder de representação* da própria lei. Independentemente de uma declaração de vontade e de instrumento de mandato, que é dispensado, tem o *poder de representação*, e é no exercício deste poder que se pronuncia e age.<sup>32</sup>

Realizada a eleição da Comissão de Representantes, a ata da assembleia que constituiu os representantes dos adquirentes deverá ser registrada perante o Serviço de Registro de Títulos e Documentos competente, para que sejam válidos perante terceiros todos os atos autorizados e previstos pela lei de incorporação e no contrato de construção – artigo 50, parágrafo primeiro da Lei 4.591/1964.

A lei de incorporação imobiliária estabelece que a assembleia poderá alterar a composição da Comissão de Representantes, por maioria de votos, e revogar suas decisões, salvo os atos já realizados. E ainda, poderão ser estabelecidas as atribuições da Comissão de Representantes, os poderes autorizados aos seus membros, sua destituição e recomposição da Comissão, nos termos do artigo 50, parágrafo terceiro da Lei 4.591/1964.

Normalmente, os poderes outorgados à Comissão de Representantes e sua atuação junto ao incorporador permanecerão até a conclusão e entrega das unidades da edificação. Caio Mário da Silva Pereira afirma que a representação, uma vez instituída, subsiste independentemente de qualquer manifestação volitiva

---

<sup>31</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.173.

<sup>32</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. ob. cit. p.293.

e, pelo princípio da continuidade, perdura até que, cessando a razão dela, com a terminação do edifício, cessa automaticamente.<sup>33</sup>.

Na lei de incorporação estão previstos os seguintes poderes da Comissão de Representantes:

- a) fiscalizar o andamento das obras do empreendimento – artigo 50, caput;
- b) no regime de construção sob empreitada reajustável, fiscalizar o cálculo do reajustamento – 55, §4º;
- c) realizar as revisões da estimativa dos custos das obras efetuadas junto ao construtor, e comunicar aos adquirentes eventual majoração do custo das obras – artigo 60, caput;
- d) examinar os balancetes apresentados pelo construtor, aprovando ou impugnando, inclusive, fiscalizando a compra dos materiais para obras; convencionar com qualquer dos adquirentes a alteração na respectiva unidade autônoma, fiscalizar o recebimento dos valores pagos pelos adquirentes – artigo 61;
- e) deverá promover a cobrança do adquirente em mora, sendo que estará autorizado pela lei, em caso de não purgação da mora, realizar a venda extrajudicial da unidade desse adquirente – artigo 63, §1º;
- f) administrar a incorporação em caso de destituição do incorporador – 31-F, §1º;
- g) estará autorizado a realizar a venda das unidades não comercializadas pelo incorporador, em caso de decretação de falência do incorporador, e utilizará o produto da venda para pagamento dos credores do empreendimento – artigo 31-F, §14 e §18..

Verifica-se pela leitura dos dispositivos legais estabelecendo direitos e obrigações à Comissão de Representantes que sua atuação, apesar de se aplicar em qualquer modalidade de incorporação, é mais efetiva quando a construção é sob regime de administração porque a condução da construção da edificação dependerá da decisão dos adquirentes por meio da Comissão de Representantes.

---

<sup>33</sup>Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. ob. cit. p.294.

Importante ressaltar que a Comissão de Representante, como regra geral, não tem poder de interferir nas características e especificações das obras ou na administração do incorporador, apenas foram conferidos, pela lei, poder de fiscalizar, acompanhar a execução das obras e utilização dos recursos na execução do previsto no memorial de incorporação, salvo no caso de incorporação sob regime de afetação, onde a lei autoriza a administração da incorporação em caso de destituição do incorporador por falência ou paralisação injustificada nos termos do artigo 31-F, §1º da Lei 4.591/1964.

### **1.6. Extinção do Contrato de Incorporação Imobiliária**

A extinção do contrato de incorporação imobiliária, como regra geral dos contratos, se dá com o cumprimento voluntário das obrigações previstas entre as partes.

No caso da incorporação imobiliária, as obrigações a serem cumpridas pelo incorporador são a conclusão das obras do empreendimento com a entrega das respectivas unidades autônomas; e aos adquirentes terão a obrigação de realizar o pagamento do preço de aquisição da futura unidade na forma prevista no contrato de compromisso de venda e compra.

A realização das obrigações do incorporador – entrega das unidades com sua individualização e discriminação junto ao Registro Imobiliário competente – bem com do adquirente – pagamento do preço – teremos como cumprida voluntariamente o contrato de incorporação imobiliária.

A obrigação do adquirente, para Melhim Namem Chalhub<sup>34</sup>, é simples e uma porque consiste apenas no pagamento do preço.

Vale dizer que o cumprimento do pagamento do preço, pelo adquirente, poderá se dar com recursos próprios, o que inclui o uso dos recursos depositados na conta vinculada do FGTS, bem como por meio de financiamento imobiliário ou

---

<sup>34</sup>Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.354.

pagamento parcelado do preço diretamente ao incorporador. Ou seja, recebido o preço pelo incorporador, independente da sua forma, o adquirente terá cumprido sua obrigação e terá direito ao recebimento da escritura definitiva de venda e compra com a transferência da propriedade para sua titularidade junto ao Registro Imobiliário, sob pena de ser exercido contra o incorporador a medida judicial de adjudicação compulsória.

Contudo, para o incorporador, a sua obrigação compreende uma obrigação de fazer e de dar.

Melhim Namem Chalhub ressalta a complexidade para cumprimento das obrigações do incorporador afirmando que:

a obrigação de fazer corresponde aos atos relativos à garantia da titularidade do imóvel, à promoção da construção, à constituição da propriedade sobre a edificação e sobre as unidades imobiliárias que a integram, bem como à atribuição desse direito de propriedade aos respectivos adquirentes; de outra parte, tem o incorporador obrigação de dar, que corresponde à entrega da edificação e das unidades aos adquirentes. Assim, a execução normal do contrato, por parte do incorporador, só se tem como concluída mediante a prática dos seguintes atos:

- a) conclusão da construção da edificação;
- b) obtenção da aceitação das obras por parte da administração pública (habite-se, aceite de obras, alvará, certidão da construção ou qualquer outra designação que se atribua a esse ato, de acordo com as normas específicas de cada municipalidade);
- c) averbação da construção no Registro de Imóveis;
- d) individualização e discriminação das unidades no Registro de Imóveis, com a respectiva instituição de condomínio (arts.7º e44);
- e) outorga, ao adquirente, da escritura de compra e venda da unidade ou, alternativamente, da escritura de compra e venda da fração ideal do terreno e entrega do termo de quitação do contrato de construção (se o contrato preliminar de promessa tiver tido como objeto somente a fração, conjugado com contrato de construção da unidade);
- f) entrega ao adquirente do termo de quitação da dívida talo logo resolvida a propriedade fiduciária (caso tenha contratado a compra e venda com pacto de alienação fiduciária);
- g) outros atos necessário para caracterizar o cumprimento da obrigação do incorporador de construir a unidade, entrega-la ao adquirente e atribuir a este a propriedade definitiva da unidade, livre e desembaraçada de ônus.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p. 354.

Além do cumprimento voluntário, o contrato de incorporação poderá ser extinto por resilição bilateral, isto é, por meio de acordo de vontades como admite a regra geral dos contratos.

Para formalização do distrato deverá ser utilizada a mesma forma que instrumentalizou o compromisso de compra e venda da respectiva unidade autônoma.

Realizado o distrato, ao adquirente serão devolvidos os valores por ele despendidos a favor do incorporador, observando a forma prevista no compromisso de compra e venda.

Vale dizer que essa situação já gerou enriquecimento indevido do incorporador na medida em que era estabelecida nos instrumentos contratuais a perda total ou superior a 50% do valor dispendido pelo adquirente. Contudo, os tribunais veem combatendo essa prática abusiva, declarando nulas de pleno direito e isso fica demonstrado no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Incorporação. Resolução do contrato. Cláusula de decaimento. Restituição. Código de Defesa do Consumidor. Não tem validade a cláusula pela qual os promissários compradores perdem a totalidade das prestações pagas durante a execução do contrato de incorporação. Recurso conhecido e provido em parte para determinar a restituição de 90% do valor pago.

(REsp. 238.011/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 29.02.2000)

Na incorporação imobiliária também é possível a resilição unilateral por parte do incorporador e está prevista no artigo 34 da Lei 4.591/1964 e consiste na desistência da incorporação imobiliária dentro do prazo previsto para carência.

Nessa situação, o incorporador encaminha sua decisão por escrito ao Registro Imobiliário competente, que deverá averbá-la no registro da incorporação, bem como comunicando cada um dos adquirentes das unidades sua decisão de desistir da incorporação imobiliária.

Com a desistência, o incorporador deverá devolver aos adquirentes todos os valores pagos até essa decisão, e ficará desobrigado a realização da incorporação imobiliária.

Por fim, o contrato de incorporação poderá ser extinto por inadimplemento do incorporador e do adquirente.

Com relação ao incorporador, se este deixar de realizar as obrigações decorrentes da incorporação imobiliária – construir, averbar a conclusão da edificação e individualização das unidades autônomas junto ao Registro de Imóveis, transferir a propriedade e a posse aos adquirentes desde que recebido o preço, instituir o condomínio edilício, ou seja, todas obrigações decorrentes de sua atividade – responderá civilmente, indenizando os adquirentes pelos prejuízos decorrentes de qualquer descumprimento das suas obrigações nos termos previstos no artigo 43, II da Lei 4.591/1964.

Melhim Namem Chalhub afirma que:

o inadimplemento do incorporador, relativo ao injustificado retardamento da conclusão da obra, causa prejuízos representados pela subtração dos legítimos resultados do investimento realizado pelos adquirentes, resultados esses que correspondem à percepção de renda de aluguéis da unidade imobiliária adquirida ou à utilização dessa unidade, notadamente para moradia própria ou para desenvolvimento de negócio próprio. Esses resultados exprimem as legítimas expectativas dos adquirentes, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, cumprindo ao incorporador mobilizar os meios necessários para que a construção desenvolva ritmo tal que propicie a conclusão de acordo com o cronograma traçado.<sup>36</sup>

Dessa maneira, o adquirente da unidade, em razão do descumprimento contratual pelo incorporador, poderá desistir da aquisição da unidade, com o recebimento dos valores pagos, devidamente atualizados, e de indenização pelos prejuízos decorrentes deste fato.

Caso o descumprimento seja por parte do adquirente, isto é, deixe de efetuar o pagamento das parcelas do preço, responderá nos termos das cláusulas penais e de encargos moratórios previstos no contrato celebrado com o incorporador, e, poderá, dependendo do caso, ter seu contrato resolvido por meio de procedimentos específicos que estão autorizados pelo artigo 63 da Lei 4.591/1964.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup>Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.357.

<sup>37</sup> Artigo 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, que estabelecida inicialmente, que 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

## Capítulo 2 – Responsabilidade do Incorporador Imobiliário no Direito Brasileiro

### 2.1. Obrigações e Direitos na Incorporação Imobiliária

#### a) Do Incorporador

Para que o incorporador possa comercializar as futuras unidades autônomas, durante o período de construção da edificação, o artigo 32 da Lei 4.591/1964 determina o arquivamento dos documentos indicados nas suas alíneas da letra “a” a “o” junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente.

A relação dos documentos indicados nas alíneas do artigo 32 da Lei 4.591/1964 forma e constitui o *Memorial de Incorporação* do empreendimento que será construído pelo incorporador.

O registro do memorial de incorporação é a pedra fundamental do negócio de incorporação imobiliária, pois, além de autorizar a comercialização das futuras unidades, tem a finalidade de proteger os adquirentes das futuras unidades autônomas, permitindo ao adquirente ou qualquer interessado seja possível verificar todas as condições da incorporação imobiliária, dentre elas, exemplificando, a regularidade do exercício da função de incorporador, a legalidade da disposição do bem sobre o qual se há de promover a edificação, a existência ou não de dívidas ou gravames sobre o terreno, a existência do projeto de construção devidamente aprovado pelo órgão público competente, a descrição e discriminação das áreas privadas e comuns no futuro empreendimento e os respectivos acabamentos, bem como as regras serão prevista ao futuro Condomínio Edifício, que surgirá juridicamente quando da conclusão das obras do empreendimento.

Melhim Namem Chalhub manifestou-se afirmando que:

---

respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada na forma abaixo estabelecida, se outra forma não se fixar no contrato.

o ato jurídico básico do negócio jurídico da incorporação imobiliária é o memorial de incorporação, que será arquivado no Registro de Imóveis e registrado na matrícula do terreno para o qual estiver projetada a edificação objeto da incorporação.<sup>38</sup>

E ainda, continua esse jurista a explicar que:

o memorial de incorporação estabelece a estrutura do negócio da incorporação, fixando sua caracterização e identificação. É um dossiê que contém todas as informações e todos os documentos que descrevem e caracterizam o empreendimento planejado, tais como o título de propriedade do terreno, cópia do projeto aprovado pelas autoridades, o orçamento da obra e a especificação dos materiais, entre outros.<sup>39</sup>

O rol de documentos que compõe o memorial de incorporação estará disponível aos terceiros interessados, após concluído o procedimento de registro junto ao Registro Imobiliário, conforme estabelece o parágrafo quarto do artigo 32 da Lei 4.591/1964.

Em função da complexidade e seriedade do procedimento, a lei dispõe a respeito do prazo que o Oficial do Registro possui para analisar a documentação, formular exigências ou promover o seu arquivamento definitivo e emissão da respectiva certidão, além de exigir que o número deste registro conste expressamente de todos e quaisquer “anúncios, impressos, publicações, propostas, contratos, preliminares ou definitivos, referentes à incorporação” nos termos do artigo 32, parágrafo terceiro da Lei 4.591/1964.

Vale ressaltar que o dispositivo legal exige prévio registro, não podendo ser considerado a prenotação do pedido de registro do memorial de incorporação, junto ao Registro Imobiliário, muito menos a realização do pedido e respectivo protocolo.

A prenotação não garante o prosseguimento e a conclusão da incorporação imobiliária, ou o fracionamento do bem imóvel, razão pela qual o ordenamento

---

<sup>38</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.39.

<sup>39</sup> Chalhub, Melhim Namem. Idem, p.40.

jurídico veda, e considera ilícita, a conduta de vender ou promover vender bem que ainda não existe e não se sabe se irá existir.

Importante dizer que a lei de incorporação imobiliária autoriza que o incorporador desista da construção do empreendimento, desde que essa faculdade tenha constado do memorial de incorporação registrado e nos demais instrumentos preliminares ou contratos celebrados com os interessados, conforme estabelece o artigo 35, parágrafos segundo e terceiro da Lei 4.591/1964. E, por essa condição, temos que para desistência pelo incorporador da consecução do empreendimento, obrigatoriamente, deverá existir o registro do memorial de incorporação, como forma de demonstrar a seriedade da proposta e que foi dado conhecimento da possibilidade de desistência da incorporação aos possíveis interessados na aquisição de alguma das unidades do empreendimento.

O incorporador tem a obrigação de fornecer aos adquirentes das unidades todas as informações relevantes ao empreendimento, objeto da incorporação imobiliária, nos termos da lei de incorporação. Essa obrigação foi ratificada e reforçada pelo Código de Defesa do Consumidor, como mencionado por Márcio Pires de Mesquita em artigo publicado na “Revista de Direito Imobiliário”:

(...) as normas contidas nos arts. 32 e 37 da Lei 4.591/64 devem ser conjugadas com a regra prevista no art. 6º, III, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que estabelece a obrigatoriedade da informação clara e adequada ao consumidor (inclusive quanto aos eventuais riscos que os produtos ou serviços possam apresentar), cujo alcance vem melhor detalhado no art. 46 do CDC.<sup>40</sup>

Pelo que acima foi exposto, podemos afirmar que a legislação somente admite a venda das unidades futuras com o registro do memorial de incorporação. Segundo Melhim Namem Chalhub:

o arquivamento do memorial de incorporação é pré-requisito para oferta pública das unidades integrantes da futura edificação e constitui a gênese

---

<sup>40</sup> A incorporação imobiliária e o direito à informação à luz do Código de Defesa do Consumidor”, publicado em “Revista de Direito Imobiliário”, nº 57, Julho-Dezembro de 2004 – Editora Revista dos Tribunais em parceria com o Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – Página 27.

da proposta do incorporador; só mediante esse registro o incorporador estará legitimado a realizar oferta pública e formular proposta. Uma vez arquivado no Registro de imóveis, o memorial torna-se acessível a qualquer pessoa, notadamente aquelas que tenham interesse em adquirir unidades na futura edificação; os documentos que o integram possibilitam a análise do negócio a ser feito, em todos os seus pormenores. Há, no memorial, documentos de natureza jurídica, técnica, financeira e empresarial, que se destinam a dar à pessoa interessada na aquisição condições de conhecer com exatidão o objeto que pretende comprar, bem como avaliar o risco da aquisição.<sup>41</sup>

Caio Mário da Silva Pereira destaca a vedação das vendas das unidades sem a realização do registro do memorial de incorporação, argumentando que nenhum incorporador, com efeito, poderá oferecer e negociar unidades autônomas sem ter, antes, arquivado no cartório de Registro de Imóveis documentação completa, relativamente ao empreendimento que promove.<sup>42</sup>

E ainda, comentando a importância da prestação de informações aos futuros adquirentes das unidades autônomas, Caio Mário da Silva Pereira argumenta quanto a relevância do registro do memorial de incorporação ao se referir às certidões do imóvel e ao necessário destaque dos gravames que sobre o bem incidam:

A existência de ônus fiscais ou reais não impede o registro da incorporação nem a expedição da certidão que libera o seu lançamento. O que cumpre é mencionar, em todos os documentos extraídos do registro, a existência e a extensão do ônus. (...)Demais disso, se o imóvel estiver gravado de ônus fiscal ou real ou se contra o alienante houver qualquer ação que possa comprometê-lo, o fato será obrigatoriamente mencionado em todos os documentos de ajuste, com indicação de sua natureza e das condições da liberação (art. 37).O candidato que fechar negócio, e firmar contrato de aquisição com a referência expressa ao débito fiscal, ao direito real ou à ação, corre certamente o risco, porém conscientemente. Está a coberto de uma surpresa. E, se assim faz porque quer, não está iludido nem enganado.<sup>43</sup>

A disposição do artigo 32 da Lei 4.591/1964 tem natureza de norma de **ordem pública** e, por esta razão, de **observância obrigatória**, valendo citar o que leciona Caio Mário da Silva Pereira sobre a relevância de normas de tal natureza:

---

<sup>41</sup>Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p .

<sup>42</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. ob. cit. p.261.

<sup>43</sup>Pereira, Caio Mário da Silva. Idem.p.270.

Ordem pública. (...) tendo em vista a **natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo**, compõem uma categoria de princípios que **regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo**. São, pois, princípios de direito privado que atuam na **tutela do bem coletivo**. Seu campo de ação é o direito privado, porque instituem a normação das relações entre pessoas singulares; mas sua repercussão na vida coletiva e a imperatividade do comando estatal que os acompanha imprime-lhes funda analogia com o direito público. Por isso se denominam leis ou princípios de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia.<sup>44</sup>

Francisco Amaral entende que as normas cogentes são as que impõem de modo absoluto, não sendo possível a sua derrogação pela vontade das partes. São imperativas (determinam uma ação) ou proibitivas (impõem uma abstenção). Regulam matéria de ordem pública e de bons costumes.<sup>45</sup>

Considerando sua natureza de norma de ordem pública, vale citar parte do voto do Ministro Barros Monteiro, no voto proferido no Recurso Especial de nº 58.745-SP, apreciado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, acolhido por unanimidade:

*(...) circunstância de que **a incorporadora promoveu a venda das unidades condominiais antes de realizar o arquivamento, no cartório do registro imobiliário, da documentação legalmente exigida, restando caracterizada com isso a infração a norma de ordem pública, independentemente do fato de que algum dos adquirentes tivesse ciência do vício.** (Julgado em 16.09.1999 – grifo nosso)*

Assim, temos que o registro do memorial de incorporação é a obrigação principal do incorporador porque dela decorrerão todas as demais obrigações decorrentes do negócio da incorporação imobiliário, previstas na Lei 4.591/1964, as quais poderemos citar as seguintes:

<sup>44</sup>Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil”, Volume I, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13-14.

<sup>45</sup> Amaral, Francisco. Introdução ao Direito Civil Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 96-97.

- a) colocar no local da construção a indicação do nome do incorporador – artigo 32, § 2º ;
- b) nos anúncios, impressos, publicações, contratos, ou qualquer documento referente à incorporação imobiliária, deverá constar o número de registro do memorial de incorporação junto ao Registro Imobiliário;
- c) decorrido o prazo de 180 dias, contados do registro do memorial, sem que o incorporador tenha dado início às vendas ou não tiver sido denunciada, deverá revalidar a documentação apresentadas – artigo 33;
- d) informar, se houver, a possibilidade de denúncia da incorporação – dentro do prazo de 180 dias - em todos os documentos de ajustes com os adquirentes - artigo 34, § 3º;
- e) em caso de denúncia da incorporação, o incorporador deverá encaminhar o comunicado de denúncia ao Registro Imobiliário, e informar aos respectivos adquirentes - artigos 34,§ 4º e 35, §5º;
- f) decorrido o prazo de carência, sem a denúncia da incorporação, o incorporador terá o prazo de 60 dias para celebrar o compromisso de venda e compra com os adquirentes – artigo 35;
- g) o descumprimento da obrigação mencionada no item anterior, o incorporador estará sujeito a multa de 50% sobre os valores recebidos do adquirente – artigo 35, §5º;
- h) desistindo da incorporação, exercendo o direito da denúncia, o incorporador deverá restituir os valores pagos pelos respectivos adquirentes no prazo de 30 dias a contar da desistência, devidamente, atualizado por índice de preços e acrescido de juros de 6% ao ano – artigo 36;
- i) prever no contrato de construção a indicação dos responsáveis pelo custo de construção, respondendo o incorporador pelas unidades não comercializadas – artigo 35§6º;
- j) em todos os instrumentos firmados com os adquirentes, indicar a existência de ônus real e fiscal sobre o terreno, inclusive, quanto a eventual ação judicial que possa repercutir no imóvel – artigo 37;
- k) se o imóvel estiver ocupado, deverá constar a que título esta sendo ocupado e a condição para sua desocupação – artigo 38;

- l) caso a aquisição do terreno, pelo incorporador, tenha sido formalizada por meio de permuta, deverá indicar nos instrumentos de venda das unidades qual a parcela que será paga em dinheiro e qual a que será a fração ideal das unidades que serão entregues em pagamento – artigo 39;
- m) se as unidades da incorporação forem comercializadas por preço global, deverá ser indicado no contrato o valor da fração da unidade e o da construção – artigo 41;
- n) informar periodicamente o estado da obra, com a demonstração do cumprimento do prazo previsto no contrato; não podendo alterar o projeto ou o plano de construção, inclusive, vedado qualquer reajuste no preço das unidades em caso de elevação dos materiais e mão de obra, salvo se previsto contratualmente; não retardar ou paralisar injustificadamente as obras por mais de 30 dias – artigo 43;
- o) se a construção for pelo regime de empreitada reajustável, deverá indicar o preço da fração ideal do terreno e o preço da construção prevendo expressamente o reajuste – artigo 56;
- p) se a construção for pelo regime de administração indicar a data de início das obras e o valor estimado do custo da obra – artigo 59;
- q) na construção pelo regime de administração, deverá ter contabilidade específica e respectiva conta corrente – artigo 58, I e II;
- r) na construção por administração, deverá indicar o custo do terreno, orçamento atualizado da construção e o mês que foi feito o orçamento;
- s) requerer a averbação da conclusão das obras após emissão do “habite-se” pela autoridade competente, e individualizar e discriminar as respectivas unidades autônomas, com a instituição do condomínio edilício – artigo 44.

Além das obrigações, ao incorporador são estabelecidos direitos decorrentes do negócio jurídico da incorporação imobiliária tais como:

- a) desistir da realização do empreendimento imobiliário dentro do prazo de carência;
- b) exigir do adquirente a celebração do contrato definitivo após decorrido o prazo de carência;

- c) recebimento ao preço previsto no contrato com o adquirente, que poderá ser cobrado via execução judicial, em caso de inadimplemento, ou, promover ação judicial de resolução com possibilidade de purgar a mora nos termos do Decreto-lei 745/69;
- d) alternativamente ao indicado no item anterior, poderá promover a execução extrajudicial nos termos do artigo 63 da Lei 4.591/1964; ou, se contratada a alienação fiduciária de bem imóvel nos termos do artigo 27 da Lei 9.514/1997;
- e) no caso de execução extrajudicial, o incorporadora poderá transferir a terceiros os direitos do adquirente inadimplente e que tiver seu contrato resolvido – artigo 1º, VII da Lei 4.864/1965;
- f) de retenção da unidade autônoma como garantia ao recebimento das obrigações devidas pelo adquirente – artigo 52 da Lei 4.591/1964.

A lei de incorporação imobiliária também conferiu ao incorporador a faculdade jurídica de conferir maior proteção ao negócio da incorporação imobiliária, prevendo a possibilidade de submetê-la ao regime de afetação, pelo qual o terreno e acessões físicas, bem com todos os bens e direitos a ela vinculados se manterão apartados do patrimônio geral do incorporador, e somente responderão pelas dívidas do próprio empreendimento e não pelas demais obrigações do incorporador.

Essa é uma inovação que veio por meio da Lei 10.931/2004, reforçando a segurança jurídica no negócio da incorporação imobiliária, e que iremos abordar na próxima parte deste trabalho.

## **b) Do Adquirente**

A obrigação do adquirente se resume no pagamento do preço da unidade autônoma na forma que ficar estipulada no contrato celebrado com o incorporador.

Realizado o pagamento do preço, o adquirente tem o direito de receber sua unidade pronta e acabada, nos termos previsto pelo memorial de incorporação.

Mas a Lei 4.591/1964 positiva alguns direitos aos adquirentes como os seguintes:

- a) celebrar o contrato com o incorporador após decorrido o prazo de carência desde que não tenha sido denunciada a incorporação imobiliária – artigo 35;
- b) caso o incorporador se negue a celebrar o contrato nos termos do item anterior, o adquirente tem o direito a averbar o ajuste preliminar junto ao Registro de Imóveis competente, lhe conferido direito real oponível a terceiros e a obtenção compulsória do respectivo contrato – artigo 35, § 4º;
- c) receber a multa correspondente a 50% do que tiver pago – artigo 35, §5º;
- d) se houver denúncia da incorporação, o adquirente terá direito ao recebimento do que efetivamente pagou, atualizado, e acrescido de juros de 6% ao ano;
- e) acompanhar e fiscalizar as obras do empreendimento por meio da Comissão de Representantes;
- f) receber do incorporador informações periódicas sobre o estado da obra, com a demonstração do cumprimento do prazo previsto no contrato;
- g) notificar o incorporador caso a obra fique paralisada injustificadamente ou parada por mais de 30 dias;
- h) a destituição do incorporador nos casos do item anterior;
- i) em caso de destituição do incorporador, assumir a administração da obra por meio da Comissão de Representantes;
- j) a não conclusão das obras ou seu atraso injustificado, caberá indenização pelos prejuízos decorrentes;
- k) realizar a averbação da conclusão da construção em caso de omissão do incorporador e do construtor – artigo 44, §3º;
- l) receber a escritura definitiva de compra e venda da sua unidade por meio da ação de adjudicação compulsória, ou, em caso de falência, por meio da Comissão de Representantes que estará investida nesses poderes por força do disposto no artigo 31-F, §3º.

## 2.2. Responsabilidade prevista na Lei de Incorporação Imobiliária

A lei de incorporação imobiliária estabelece que a iniciativa e responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que poderá ser o proprietário do terreno, construtor, corretor de imóvel ou ente da Federação emitido na posse em processo de desapropriação.

Qualquer das figuras indicadas pela lei responderá pelas obrigações e danos decorrentes do exercício da atividade de incorporação imobiliária. E, tratando-se de incorporação imobiliária, que implica e pressupõe a realização da construção de edificações, temos que o incorporador responderá pela execução das obras.

A responsabilidade do incorporador está definida legalmente com base nos artigos 43, II da Lei 4.591/1964 e artigo 618 do Código Civil.

O artigo 43, II da Lei 4.591/1964 estabelece a responsabilidade do incorporador pela execução da incorporação e seu dever de indenizar os adquirentes pelos prejuízos decorrentes da sua atividade.

E, em complemento ao dispositivo acima, deverá ser aplicado o artigo 618 do Código Civil, que estabelece para os contratos de empreitada de edifícios a responsabilidade do empreiteiro pela solidez e segurança da construção pelo período de 05 anos.

Segundo Melhim Namem Chalhub<sup>46</sup>, a responsabilidade do incorporador pelo prazo de 05 anos, nos termos do artigo 618 do Código Civil, seria de garantia e não de prescrição, e este último seria de 20 anos.

Neste sentido é a Súmula 194 do Superior Tribunal de Justiça, que ratificou esse entendimento, estabelecendo que “prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra”.

Vale mencionar que essa Súmula foi editada na vigência do Código Civil de 1916, onde o maior prazo de prescrição era de 20 anos, mas com a vigência do

---

<sup>46</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p. 432.

Novo Código Civil, essa Súmula deverá ser interpretada considerando o prazo máximo de prescrição que é de 10 anos.

Dessa maneira, verificado defeitos que possam comprometer a solidez e segurança da edificação, o incorporador responderá pela reparação e prejuízos decorrentes desde que comprovados por meio de perícia judicial. Sendo certo que essa responsabilidade não se aplica para pequenos defeitos como os decorrentes da falta de qualidade em acabamentos ou na execução de sua colocação.

Por fim, o incorporador responderá de forma objetiva pelos danos provocados, nos termos do artigo 927, parágrafo único do Código Civil, pois a natureza da atividade desenvolvida pelo incorporador implica riscos para direitos de outrem.

### **2.3. Aspectos da atividade do Incorporador Imobiliário e proteção ao Meio Ambiente**

O artigo 170 da Constituição Federal estabelece os princípios da atividade econômica, dentre eles, para análise nesse capítulo, temos como princípio da atividade econômica a defesa do meio ambiente. Razão pela, o incorporador, além dos demais princípios aplicáveis, deverá desenvolver sua atividade de incorporação imobiliária de forma a não gerar impactos ao meio ambiente.

O meio ambiente tem proteção constitucional por meio do artigo 225 da Constituição Federal nos seguintes termos: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Édis Milaré afirma que:

o meio ambiente, como fator diretamente implicado no bem-estar da coletividade, dever ser protegido dos excessos quantitativos e qualitativos da produção econômica que afetam a sustentabilidade e dos abusos das liberdades que a Constituição confere aos empreendedores.<sup>47</sup>

Pela leitura do artigo 225, caput, da CF, é dever de todas pessoas integrantes da sociedade brasileira a defesa e preservação do meio ambiente, inclusive, quanto a atividade da incorporação imobiliária nos termos do artigo 170, VI da CF.

O artigo 225, §1º, IV da CF estabelece que o Poder Público deverá exigir a realização de estudo prévio de impacto ambiental para autorização de obra ou atividade potencialmente causadora de degradação do meio ambiente.

Observando a determinação constitucional, a Lei 6.938/1981 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 10, caput, determina que a construção, instalação, ampliação de estabelecimento e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva e potencialmente poluidoras, bem como capaz de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA em caráter supletivo.

O IBAMA é o competente para licenciamento no caso de atividades e obras com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou regional.

A Resolução 237 do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente – que regulamenta os aspectos do licenciamento ambiental estabelecidos na Lei 6.938/81, inclusive quanto a competência para sua concessão, e estabelece quais empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras estão sujeitas ao licenciamento ambiental.

---

<sup>47</sup> Milaré, Édis. Direito do Ambiente. A gestão em foco. 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.187.

Nessa relação, não consta a atividade incorporação imobiliária, o que permite excluí-la das atividades que precisam de licença ambiental de competência do IBAMA para serem realizadas regularmente.

Vale dizer que as atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais estão relacionadas no Anexo VIII da Lei 6.938/1981. Sendo certo que é obrigatório o seu registro no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais – CTF/APP, nos termos da Instrução Normativa nº 06 de 15 de março de 2013, do IBAMA.

A atividade desenvolvida pelo incorporador não é indicada entre as atividades potencialmente poluidoras. Contudo, a Resolução 307 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA estabelece procedimentos quanto aos resíduos decorrentes da atividade da construção civil.

E ainda, na esfera federal, temos a Resolução 412 do CONAMA que trata do licenciamento ambiental para novos empreendimentos destinado a construção de habitações de interesse social destinados à população de baixa renda.

No âmbito estadual, nos termos do artigo 5º da Resolução 237 do CONAMA, especificamente do Estado de São Paulo, a competência é da CETESB para emissão do licenciamento ambiental quando o local do empreendimento compreender uma das seguintes situações: **(i)** abranger mais de um município, **(ii)** conter floresta ou vegetação natural de preservação permanente (art. 2º da lei 4771/65, sem prejuízo da legislação estadual e municipal), e **(iii)** estar em uma unidade de conservação estadual ou do distrito federal ou a ela ser limítrofe.

Contudo, a atividade do incorporador também não é de competência estadual na forma prevista pela Lei Estadual de São Paulo 997/76, que dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente, e que foi regulamentada pelo Decreto 8.468/76 com as alterações introduzidas pelo Decreto 47.397/02.

O artigo 2º da Lei 997/1976 considera **poluição do meio ambiente** a presença, lançamento ou a liberação nas águas, no ar ou no solo de toda e qualquer forma de matéria ou energia, que tornem ou possam tornar as águas, o ar ou solo: impróprios, nocivos ou ofensivos à saúde; inconvenientes ao bem estar público, danosos aos materiais, fauna e a flora; prejudiciais a segurança, ao uso e goza da propriedade e das atividades normais da comunidade.

O artigo 4º da Lei 997/1976 considera fonte de poluição todas as obras, atividades, instalações, empreendimentos, processos, dispositivos, moveis ou imóveis, meios de transportes que direta ou indiretamente causem ou possam causar poluição ao meio ambiente.

O Decreto 8.468/1976, com a redação modificada pelo Decreto 47.397/02, que regulamenta a lei 997/1976, define quais atividades ou empreendimentos estão sujeitas ao licenciamento ambiental – licença prévia, de instalação e de operação. O artigo 57, X do Decreto 8.468/76 considera fonte de poluição: todo e qualquer loteamento ou desmembramento de imóveis, condomínios horizontais ou verticais e conjuntos habitacionais, independentemente do fim a que se destinam.

Contudo, não estão sujeito ao licenciamento ambiental os condomínios verticais localizados fora dos municípios litorâneos, que não impliquem abertura de vias internas de circulação, nos termos que define o parágrafo primeiro do artigo 57 do Decreto Estadual 8.468/1976.

E ainda, o parágrafo segundo do artigo 57 do Decreto Estadual 8.468/1976 autoriza que a CETESB defina critérios para dispensar do licenciamento os condomínios horizontais e verticais com fins residenciais, inclusive os situados na zona litorânea, considerando o numero de unidades a serem implantadas e os sistemas de coleta e tratamento de efluentes a serem adotados.

Assim, a avaliação quanto ao impacto e regulamentação da atividade do incorporador ao meio ambiente, em regra, se restringirá a competência municipal nos termos do artigo 6º da Resolução 237 que estabelece: Compete ao órgão ambiental

municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.

Desse modo, a competência para emissão de licença ambiental é do município do local do empreendimento.

Vale dizer que a objetividade jurídica do direito ambiental não é a fauna e a flora, mas sim o próprio homem. O objetivo é a preservação da natureza para garantir a vida das gerações presentes e futuras, o que é vital para a existência da vida humana.

A norma estabelecida pelo artigo 225 da CF, aplicada aos contratos, levamos a entender que os contratantes possuem obrigações além das estabelecidas entre eles, na verdade, devem se preocupar com os efeitos do contrato em face de terceiros, com os quais nada celebraram, mas que possuem o direito de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Lucas Abreu Barroso entende que o “contrato, para além do próprio atendimento da função social a que está adstrito, encontra-se subordinado às limitações da ordem jurídica ambiental”<sup>48</sup>.

E ainda, afirma Roxana Cardoso Brasileiro Borges que:

as partes não podem contratar uma atividade poluidora, obter a satisfação de seus interesses econômicos e lançar ao restante da sociedade a poluição gerada pelo contrato, externalizando o custo ambiental. Ainda que o contrato satisfaça seus interesses, as partes têm que cuidar do impacto ambiental causado pelo contrato sobre o restante da coletividade.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Barroso, Lucas Abreu. A função ambiental do contrato – Questões Controvertidas no Novo Código Civil – São Paulo: Método, p.291.

<sup>49</sup> Borges, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/180907.pdf>>. Acesso em 25/10/11.

A ordem jurídica ambiental, prevista no artigo 225 da CF, passa a vincular, nos contratos celebrados pelos integrantes da sociedade, a responsabilidade de todas as partes pelo dano que sua atividade decorrente do contrato possa acarretar, mesmo que o dano tenha sido causado por apenas uma das partes, o que vem a consagrar o dever de solidariedade.

Dessa maneira, a validade e eficácia do contrato de incorporação imobiliária, nos termos do artigo 421 do Código Civil, exige que a liberdade de contratar seja exercida nos limites da função social do contrato, atendendo aos interesses das partes sem violar o interesse coletivo.

A norma do artigo 421 do Código Civil tem como fundamento o artigo 3º, I da Constituição Federal, que estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa e solidária.

Se a sociedade deve ser justa e solidária, os contratantes devem pautar, ao celebrar o contrato, que é um dos instrumentos da ordem econômica, pelo respeito a preservação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nos termos do artigo 170, VI c/c artigo 225 todos da Constituição Federal.

Por essa razão, a atividade desenvolvida pelo incorporador que, de fato modifica o ambiente na sociedade e tem efeitos para seus integrantes, deverá observar o princípio da defesa do meio ambiente previsto no artigo 170, IV da Constituição Federal.

#### **2.4. A atividade do Incorporador Imobiliário no âmbito consumerista**

O artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal determinou que é dever do Poder Público de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, que também é fundamento da ordem econômica nos termos do artigo 170, V da Constituição Federal.

A Constituição Federal ao dizer que o Estado deveria regulamentar essa relação jurídica, com o objetivo de defender e proteger o consumidor, presumiu que a relação de consumo é injusta e desequilibrada, levando, dessa maneira, a outra presunção, a de que o consumidor é a parte vulnerável da relação.

A regulamentação dessa relação se deu pela criação do Código de Defesa do Consumidor, através da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, cujas normas são de ordem pública, imperativas e de observância obrigatória, ainda que contra a vontade do próprio consumidor.

As normas do Código de Defesa do Consumidor – CDC são aplicáveis às relações que venham a se caracterizar como de consumo, que se estabelecem quando há de um lado o fornecedor e de outro o consumidor unidos por um objeto que pode ser um produto ou serviço.

Considerando as partes e o objeto do contrato de incorporação, poderemos definir que essa relação jurídica também se trata de uma relação de consumo, enquadrando-se o incorporador no conceito de fornecedor – artigo 3º do CDC – e o adquirente da unidade no conceito de consumidor – artigo 2º do CDC – e como objeto um produto – artigo 3º, §1º do CDC.

Vale ressaltar que enquanto direito fundamental arrolado no artigo 5º da CF, a defesa do consumidor é cláusula pétrea. Toda e qualquer regra acerca das relações de consumo devem observar o disposto no art. 5º, XXXII, CF. Por consequência, as normas de direito do consumidor quando editadas estabelecem um patamar mínimo de proteção ao consumidor, o que implica dizer que as normas posteriores não poderão suprimir direitos dos consumidores que já são garantidos em normas anteriores.

As alterações legislativas somente serão admitidas para ampliar os direitos assegurados aos consumidores.

Nunca a situação jurídica do consumidor pode ser menos favorável do que a que ele teria caso participasse de uma relação análoga de direito privado. Em situações excepcionais o Código Civil de 2002 pode mostrar-se mais protetivo do que o Código de Defesa do Consumidor, nesses casos (em virtude do art. 5º,

XXXII, CF) a lei mais protetiva do consumidor deverá ser aplicada, pouco importando que a lei geral prevaleça, no caso prático, sobre a lei especial.

Contudo, estamos diante de um negócio jurídico – incorporação imobiliária – que é disciplinada por lei especial e anterior ao Código de Defesa do Consumidor, o que poderia nos levar a entender que há um conflito de normas, uma vez que a relação jurídica estabelecida entre o incorporador e o adquirente, apesar de ter origem da atividade da incorporação imobiliária, também é relação de consumo.

Considerando que relação de consumo é aquela que se forma entre o consumidor e um fornecedor tendo como objeto um produto ou serviço, ao negócio celebrado entre o incorporador e o adquirente também se aplicará as normas de proteção ao consumidor.

Mas, essa aplicação se dará de forma complementar em virtude da especialidade do negócio da incorporação imobiliária, e, neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça no seguinte julgado:

*Incorporação. Resolução do contrato. Restituição. Lei 4.591/1964. Código de Defesa do Consumidor. 1. O contrato de incorporação imobiliária, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide do Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva(...). Recurso não conhecido (Súmulas 5 e 7) REsp 80.036/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.02.1996 (grifo nosso).*

Caio Mário da Silva Pereira<sup>50</sup> entende que o Código de Defesa do Consumidor é lei geral em relação a lei de incorporação, uma vez que o contrato de incorporação é caracterizado como contrato de consumo. Razão pela qual, as normas do Código de Defesa do Consumidor se aplicariam em relação a: publicidade enganosa, vedação às cláusulas abusivas, e cláusulas que atenuem a

---

<sup>50</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. ob. cit. p.330.

responsabilidade do incorporador, inviabilizem a inversão do ônus da prova, alteração unilateral do preço da unidade, resolução do contrato com a perda da totalidade das quantias pagas, responsabilidade objetiva do incorporador ou construtor pela segurança e solidez da obra, pelos vícios de qualidade que tornem a unidade imobiliária imprópria ou inadequada ao seu uso ou que diminua o seu valor.

E ainda, afirma aquele jurista que:

essas, entre outras disposições do CDC, aplicam-se ao contrato de incorporação por serem normas gerais dos contratos de consumo, mas, não obstante, esse contrato continua regido pela Lei 4.591/1964 naquilo que é específico, ressalvada, naturalmente, a aplicação do CDC quando necessário o preenchimento de lacunas da lei especial sobre as incorporações.<sup>51</sup>

Para Melhim Namem Chalhub:

a eventual aplicação de princípios e normas contidas no CDC não deve ser feita de modo indiscriminado, devendo, antes, ser verificada a adequação da norma à realidade fática e à tipicidade do contrato em questão, pois, na verdade, normas relativas às relações de consumo não são dotadas de fungibilidade que as tornem suscetíveis de aplicação sem ressalvas aos contratos de incorporação, salvo quanto às cláusulas gerais comuns a todas as modalidades de contrato<sup>52</sup>.

Assim, considerando a vulnerabilidade do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, com fundamento nos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio do contrato, estabeleceu normas de proteção contratual previstas no seu Capítulo VI – artigos 46 a 54 - que devem ser aplicadas como norma geral a todos os contratos, inclusive, ao de incorporação imobiliária.

Por fim, importante ressaltar que tanto a lei de incorporação imobiliária como as normas de proteção ao consumidor previstas no CDC tiveram como fato gerador da sua existência a desigualdade contratual e a necessidade de equilibrar essas relações jurídicas, protegendo a parte mais fraca - adquirente e consumidor.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. loc. cit.

<sup>52</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.328.

<sup>53</sup> Pereira, Caio Mário da Silva. Idem. p.331.

## 2.5. Estruturas Jurídicas - Segregação do Risco da Atividade do Incorporador

A atividade desenvolvida pelo incorporador foi regulamentada pelo advento da Lei 4.591/1964, por meio da qual o legislador buscou dar segurança jurídica e proteção aos adquirentes de unidades imobiliárias em construção, bem como definir a responsabilidade de quem desenvolvesse essa atividade econômica.

Como já mencionamos, a atividade do incorporador se baseia na comercialização de unidades imobiliárias futuras integrantes de edificações em construção.

Para realização dessa atividade, a lei estabeleceu diversos requisitos e obrigações ao incorporador, que podemos destacar os seguintes: a) registro do memorial de incorporação; b) responsabilidade civil e penal do incorporador; c) é irrevogável e irretroatável o compromisso de venda e compra com direito a adjudicação do seu direito a propriedade; d) dever de informação do incorporador; e) possibilidade de substituição do incorporador, em caso de atraso injustificado; e) em caso de falência do incorporador, os créditos dos adquirentes serão considerados privilegiados; f) possibilidade de fiscalização do andamento da execução das obras por meio da Comissão de Representantes<sup>54</sup>.

Contudo, a segurança jurídica trazida pela Lei 4.591/1964 não foi suficiente para evitar o caso Encol e de outras construtoras que vieram a falir em razão de problemas financeiros, provocando a paralisação e não entrega de diversos empreendimentos imobiliários.

Melhim Namem Chalhub ressalta que:

embora cada incorporação tenha objeto específico e orçamento próprio, este capaz de propiciar receitas suficientes para levar a cabo a incorporação, independente de outras fontes de receita, o certo é que elementos estranhos podem interferir na estruturação e no desenvolvimento físico e financeiro de diversos empreendimentos de determinado incorporador e levar uma ou mais incorporações ao desequilíbrio e à frustração da finalidade social e econômica do contrato.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.71.

<sup>55</sup> Chalhub, Melhim Namem. Idem. ob. cit., p.71

O caso Encol demonstrou que esses problemas financeiros foram gerados pela má administração da sociedade, onde os recursos gerados por uma determinada incorporação imobiliária não eram totalmente aplicados no respectivo projeto, pois, parte desses recursos era utilizado para promover o lançamento de outra incorporação imobiliária e assim sucessivamente até que os recursos não fossem mais suficientes para terminar qualquer uma dessas incorporações, e, conseqüentemente, não efetivando a entrega das unidades aos respectivos adquirentes. Essa conduta é conhecida no mercado como efeito “bicicleta”, ou seja, obtém e utilizam recursos de uma incorporação em outra incorporação.

Além disso, cada uma das incorporações imobiliárias lançadas pelo incorporador integra o seu patrimônio geral e responde, como regra, por todas as suas dívidas, sem vincular estas com as correspondentes incorporações imobiliárias.

Em caso de falência do incorporador, os seus bens e direitos poderão ser arrecadados à massa falida caso não seja possível continuar a construção do empreendimento pelos adquirentes, nos termos estabelecido pelo artigo 43, III da Lei 4.591/1964, sendo que estes serão considerados credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador.

Vale citar que no caso Encol foi dado uma solução diferente da arrecadação das unidades não comercializadas do empreendimento, isto é, que estavam no “estoque” do incorporador. Nesse caso, a Comissão de Representantes dos adquirentes solicitou ao juízo da falência da Encol que essas unidades fossem transferidas ao condomínio porque não pertenceriam mais ao incorporador. A transferência das unidades, que pertenciam ao patrimônio do incorporador, foi autorizada e permitiu dentro dos procedimentos previstos na Lei 4.591/1964 vendê-las para obtenção de recursos necessários a continuidade das obras, vindo atender desse modo o interesse da coletividade dos adquirentes consistente no recebimento dos respectivos imóveis.

Verifica-se desse modo que apesar do atendimento do interesse dos adquirentes, há uma insegurança quanto a essa decisão, pois esses bens deveriam na verdade integrar o ativo da massa falida.

Em razão falta de segurança jurídica presente no mercado imobiliário pela falência da Encol, houve retração nesse segmento da economia, tanto que as instituições financeiras deixaram de financiar ou se financiavam o custo era mais alto.

Contudo, essa insegurança jurídica começou a ser mitigada com o surgimento da Sociedade de Propósito Específico – SPE e do Regime de Afetação das incorporações imobiliárias introduzidas por força da Lei 10.931/2004, que passaremos a analisar nos próximos itens.

### **2.5.1. Sociedade de Propósito Específico – SPE**

Após a falência da Encol, o mercado imobiliário estava praticamente parado pelo risco que se apresentava tanto para os investidores como para os consumidores.

Para permitir o reaquecimento desse segmento econômico foi introduzida a figura da Sociedade de Propósito Específico – SPE.

Criou-se a ideia da celebração de um contrato de sociedade que teria como atividade a produção de determinado empreendimento imobiliário. Ou seja, a criação de uma sociedade empresária exclusivamente para esse fim – produção de um determinado empreendimento imobiliário – sem passado ou histórico de relacionamento com terceiros que pudesse afetar e incidir sobre o patrimônio – bens e direitos – de determinada incorporação imobiliária.

Com essa estrutura jurídica, o incorporador passaria a ser sócio da SPE, e esta passaria a estar na condição de incorporador responsável pela construção e alienação das unidades autônomas integrantes da edificação. Sendo que a SPE seria administrada e controlada pelo incorporador, agora na condição de sócio administrador e não o efetivo incorporador.

A fundamentação legal para criação da SPE se baseou na interpretação dos artigos 325 do Código Comercial e 1.370/1371 do Código Civil de 1916. Contudo,

com advento do Código Civil de 2002, a SPE tem como fundamento jurídico o artigo 981, parágrafo único, que estabelece a possibilidade da atividade da sociedade seja de um ou mais negócios determinados.

Manoel de Queiroz Pereira Calças e Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva afirmam que:

malgrado a inexistência de dispositivo idêntico e de caráter genérico na legislação anterior que autorizasse a celebração de sociedade com atividade destinada à realização de apenas um negócio determinado, inegavelmente, da interpretação de diversos dispositivos do Código Comercial e do Código Civil de 1916, exsurgia com evidência que era admitida sociedade construída para a execução de atividades visando apenas a realização de um objeto certo, determinado e específico.<sup>56</sup>

A SPE poderá ser constituída em qualquer das modalidades, mas as mais utilizadas no mercado imobiliário são a Ltda. e a S.A., seguindo cada qual o seu regulamento próprio.

O objeto social da SPE deve restringir-se exclusivamente a promoção e execução de determinado empreendimento imobiliário e praticar seus atos nos limites das regras previstas no seu contrato social.

Normalmente, não há restrição com a composição da sociedade, que poderá ter tanto sócio pessoa natural como pessoa jurídica.

Mas, pela insegurança existente no setor imobiliário, as instituições financeiras, principalmente, exigiam que se a composição fosse somente de pessoas jurídicas estas deveriam ser no mínimo 03 sócios, como forma de mitigar riscos da falência de algum dos sócios e manter a atividade da sociedade, sendo que nenhum desses sócios poderia ter mais de 49,9% de participação na sociedade.

Com a publicação da Lei de Recuperação e Falência, reduziu o risco dos efeitos da decretação da falência do incorporador, na qualidade de sócio da SPE, desde que no contrato social da SPE estivesse previsto expressamente o que ocorrerá com a sociedade nessa situação, por força do artigo 123 da Lei

---

<sup>56</sup> Calças, Manoel de Queiroz Pereira Calças. Silva, Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira. Sociedade de propósito específico no setor imobiliário. Direito Imobiliário Atual. Daniel Aureo de Castro (Coord). Rio de Janeiro: Elsevier, 2013,p.172.

11.101/2005, que, exemplificando, podemos citar as seguintes disposições a serem previstas no respectivo contrato social:

- (i) vedação a admissão para qualquer finalidade na sociedade do administrador judicial ou do liquidante em especial como administrador da sociedade ou qualquer outra forma de gerenciador de ativos;
- (ii) cumprimento da obrigação de entregar as unidades objeto dos compromissos de venda e compra firmados com os adquirentes aptas à habitabilidade;
- (iii) conferir a posse das unidades aos adquirentes;
- (iv) realizar o pagamento de todas obrigações assumidas pela SPE, especialmente, as decorrentes de financiamento imobiliário concedido por instituição financeira;
- (v) pagamentos de todos os fornecedores da incorporação imobiliária;
- (vi) pagamentos dos tributos, encargos trabalhistas, e outras decorrentes da atividade do objeto específico da SPE;
- (vii) apuração dos haveres na realização de balanço que deverá ocorrer após a concessão do “habite-se” do empreendimento imobiliário e desde que as obrigações previstas nos itens anteriores estivessem cumpridas.

E ainda, vale citar que as instituições financeiras, em face dessa estrutura jurídica da SPE, passaram a solicitar a existência da figura do “administrador não sócio” nos termos do artigo 1061 do Código Civil, com a finalidade de fiscalizar a administração da SPE e seu reflexo na realização da incorporação imobiliária e cumprimento das obrigações dela decorrentes. Ou ainda, em razão do porte ou sofisticação do empreendimento, ensejaria inclusive a contratação de auditoria externa.

Desse modo, a ideia da SPE visou proporcionar maior segurança e transparência nas incorporações imobiliárias, segregando do patrimônio geral do incorporador o próprio empreendimento imobiliário, para consecução de um objetivo específico, com aplicação dos recursos gerados pelo empreendimento –

seja os decorrentes das vendas das unidades ou do financiamento imobiliário – somente na incorporação imobiliária prevista no objeto social da SPE.

### **2.5.2. Patrimônio de Afetação – PA**

A medida provisória 2.221/2004, que foi convertida na Lei 10.931/2004, instituiu o regime da afetação aplicado à incorporação imobiliária, por meio do artigo 31-A na Lei 4.591/1964 estabelecendo que a critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

Apesar de ser facultativo e a critério do incorporador, o legislador buscou dar mais segurança e transparência ao negócio da incorporação imobiliária, possibilitando a separação do patrimônio geral do incorporador dos patrimônios de cada um dos empreendimentos objeto de construção.

Melhim Namem Chalhub afirma que:

vindo o incorporador a instituir o regime de afetação para determinada incorporação, seu acervo passará a constituir um núcleo patrimonial destacado dentro do patrimônio do incorporador, com ativo e passivo próprios, formados pelos bens, direitos e obrigações com os quais tiver sido originalmente constituído, assim como pelos bens, direitos e obrigações que, ao longo do desenvolvimento do negócio, forem se incorporando àquele acervo inicial (...)<sup>57</sup>

E esse objetivo da lei fica claro na leitura do parágrafo primeiro do artigo 31-A da Lei 4.591/1964 determina que o patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

---

<sup>57</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.95.

Assim, pelas redações dos dispositivos acima, podemos definir que o patrimônio de afetação consiste na segregação ou separação de uma incorporação imobiliária do patrimônio geral do incorporador, e tem como finalidade garantir a conclusão da construção das unidades e a efetiva entrega aos respectivos adquirentes. Sendo certo que esse patrimônio afetado só responderá por dívidas e obrigações vinculadas a respectiva incorporação afetada, o que, demonstra o espírito dessa lei que é garantir ao adquirente que o pagamento do preço da unidade será utilizado exclusivamente para a construção da sua unidade, sob pena de responder o incorporador pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação nos termos do artigo 31-A, parágrafo 2º da Lei 4.591/1964.

#### **a) Constituição do Regime da Afetação**

A adoção do regime de afetação é opcional, cabendo ao incorporador ao averbar no Registro de Imóveis um termo firmado por ele e, se for o caso, também pelos titulares de direitos reais sobre o terreno, por exemplo, será o promitente vendedor ou cedente do terreno ao incorporador.

Caso o incorporador opte pela submissão da incorporação imobiliária ao regime de afetação, este será constituído mediante averbação, a qualquer tempo, na matrícula do imóvel objeto do empreendimento imobiliário junto ao Registro Imobiliário competente, nos termos do artigo 31-B da Lei 4.591/1964.

Vale dizer que eventual ônus real sobre o terreno, objeto da incorporação imobiliária, não impede a averbação do termo de submissão ao regime de afetação nos termos do parágrafo único do dispositivo legal acima citado, sendo que está em conformidade com a regra do artigo 32, parágrafo quinto da Lei 4.591/1964 onde a existência de ônus reais sobre o imóvel não é causa para impedir o registro do memorial de incorporação.

Realizada a averbação da submissão da incorporação ao regime de afetação, por não se comunicar com os demais bens, obrigações e direitos do incorporador, haverá efeito jurídico de proteção à incorporação imobiliária afetada contra eventuais problemas advindos de outros negócios do incorporador, respondendo apenas pelas dívidas restritas ao empreendimento objeto da incorporação afetada, e não por outras obrigações do incorporador.

Importante destacar que a incorporação afetada, inclusive, não responderá em caso de decretação de falência ou insolvência do incorporador como dispõe o artigo 31-F da Lei 4.591/1964<sup>58</sup>, sendo que os bens e direitos que integram esse empreendimento imobiliário não serão arrecadados à massa falida.

#### **b) Obrigações e Direitos decorrentes do Patrimônio de Afetação**

As obrigações do incorporador decorrentes do patrimônio de afetação estão indicadas no artigo 31-D da Lei 4.591/1964.

Adotado o regime da afetação, a lei estabelece obrigações específicas ao incorporador como a ter contabilidade própria do empreendimento, com conta de depósito em instituição financeira para esse fim, tudo, independente das demais atividades ou empresas que possa integrar o grupo econômico do incorporador.

O incorporador deverá apresentar demonstrativos trimestrais de acompanhamento da obra — receitas, despesas, contratos firmados, prazos, previsões financeiras — e encaminhá-los à Comissão de Representantes nomeada pelos adquirentes nos termos do artigo 50 da Lei 4.591/1964.

Esses mecanismos próprios de afetação dão visibilidade à movimentação física e financeira do empreendimento, e, por isso permitem aos adquirentes avaliar

---

<sup>58</sup>Art.31-F. Os efeitos da decretação da falência ou insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.

o andamento da obra e prevenir situações de desequilíbrio que possam prejudicar a evolução do negócio.<sup>59</sup>

Com essa disposição legislativa, o legislador buscou conferir segurança aos adquirentes quanto à destinação dos recursos por eles despendidos, e que devem ser aplicados na construção do empreendimento, evitando, dessa forma, ou, pelo menos, dificultando a ocorrência de desvios, e proporcionando maior garantia aos adquirentes quanto a construção, conclusão e entrega da unidade adquirida.

Nesse sentido é a regra do artigo 31-D, III da Lei 4.591/1964 que determina a obrigação do incorporador em captar os recursos necessários à incorporação, aplicá-los segundo a sua destinação, preservando os necessários à conclusão da obra.

Além das obrigações previstas no artigo 31-D da Lei 4.591/1964, ao incorporador são atribuídos outros deveres e vedações, tais como: **(i)** o terreno e acessões do empreendimento somente poderão ser dados em garantia de operações de crédito que tenham por objeto a realização da incorporação afetada; **(ii)** o custo da construção das frações ideais serão suportadas pelo incorporador até que seja comercializada a unidade; **(iii)** se for o caso, sendo financiada a produção do empreendimento afetado, o incorporador deverá obter a ciência da instituição financeira quanto as vendas das unidades de cada uma integrante do empreendimento.

Apesar das limitações impostas ao incorporador pelo regime da afetação, foi estabelecida uma forma simplificada de recolhimento dos tributos inerentes a atividade de incorporação imobiliária, que foi denominada de Regime Especial Tributário do Patrimônio de Afetação – RET, nos termos do artigo 1º da Lei 10.931/2004.

Por esse regime especial tributário, atualmente, haverá a incidência da alíquota de 4% sobre a receita mensal recebida, que corresponderá ao pagamento

---

<sup>59</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.109.

dos seguintes impostos e contribuições: Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ, PIS/PASEP – Contribuição para os Programas de Integração Social e Formação do Patrimônio do Servidor Público, CSLL- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, Contribuição para Financiamento da Seguridade Social.

Para fins do recolhimento da alíquota do RET, o artigo 4º, parágrafo primeiro da Lei 10.931/2004 considerada receita mensal a totalidade das receitas auferidas na venda das unidades da incorporação, bem como as receitas financeiras e variações monetárias decorrentes desta operação.

Mas, para usufruir desse benefício fiscal, que é opcional e irrevogável, o incorporador deverá ter inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica para Patrimônio de Afetação, com um código específico para arrecadação nesse regime especial tributário.

Vale dizer que a intenção na simplificação do recolhimento dos tributos foi facilitar o controle e verificação do recolhimento das obrigações devidas à Fazenda Nacional, mitigando o risco de formar passivos fiscais.

E ainda, os adquirentes das unidades não serão os responsáveis pelos pagamentos dos impostos nos termos do artigo 31-F, parágrafo vinte da Lei 4.591/1964, uma vez que as receitas para pagamento dessas dívidas deverão ser obtidas da própria incorporação afetada, ou do patrimônio geral do incorporador nos termos do artigo 3º, parágrafo único, da Lei 10.931/2004.

Importante ressaltar que o regime de afetação exclui qualquer responsabilidade de instituição financeira quanto as responsabilidade e obrigações do incorporador – artigo 31-A, parágrafo 12 da Lei 4.591/1964 – e autoriza que a Comissão de Representantes e a instituição financeira nomeiem, às suas custas, profissional para fiscalizar e acompanhar a execução das obras da incorporação imobiliária afetada – artigo 31-C da Lei 4.591/1964.

**c) Extinção da Afetação**

O artigo 31-E da Lei 4.591/1964 estabelece as seguintes causas de extinção do patrimônio de afetação:

- (i) conclusão das obras do empreendimento com averbação da construção, registro da transferência do direito de propriedade aos adquirentes e, se for o caso, quando da liquidação do financiamento imobiliário;
- (ii) se a incorporação tiver prazo de carência, e o incorporador resolveu denunciar a incorporação desde que comprove a restituição dos valores pagos pelos adquirentes;
- (iii) se os adquirentes, em assembleia geral, decidirem por liquidar o patrimônio de afetação em razão da decretação de falência do incorporador nos termos do artigo 31-F, parágrafo primeiro da Lei 4.591/1964.

Em face do que dispõe o dispositivo legal acima citado, o incorporador encaminhará requerimento ao Registro de Imóveis competente solicitando o cancelamento com a indicação do número de averbação e das matrículas das unidades autônomas transferidas aos respectivos adquirentes.

Com relação a liquidação do patrimônio de afetação por deliberação dos adquirentes em assembleia geral, cujo produto será destinado ao pagamento de todos os credores da incorporação afetada, o cancelamento deverá ser solicitado por meio da Comissão de Representantes com a apresentação da ata da assembleia geral que aprovou a liquidação com os comprovantes de pagamentos elencados nos artigo 31-F, parágrafo dezoito da Lei 4.591/1964.

## 2.6. Falência do Incorporador Imobiliário

Os efeitos da decretação da falência ou insolvência do incorporador dependerão da sua opção ou não pelo regime da afetação quando do registro dos documentos do memorial de incorporação ou a qualquer tempo durante a execução das obras do empreendimento nos termos do artigo 31-B da Lei 4.591/1964.

Caso o incorporador não tenha optado por submeter à incorporação imobiliária sob o regime de afetação, e não seja possível a maioria dos adquirentes prosseguir na construção do empreendimento, os bens que compõe essa incorporação serão arrecadados à massa falida e os respectivos adquirentes serão considerados credores privilegiados nos termos do artigo 43, III da Lei 4.591/1964 c/c artigo 108 da Lei 11.101/2005.

O administrador providenciará a arrecadação do terreno e acessões da incorporação, inclusive, outros direitos que possam estar vinculados ao incorporador, sendo certo que os adquirentes, na condição de credores privilegiados, terão satisfeitos seus direitos após a liquidação do ativo da massa falida, que, como regra, não sabemos qual o prazo para sua realização por tratar de procedimento judicial, passível de recursos e outras providencias processuais durante seu curso junto ao Poder Judiciário. E o caso Encol é uma prova desse fato, pois até hoje o seu processo falimentar ainda não está finalizado e pendente de satisfação de direitos de adquirentes, que não receberam suas unidades, e de credores que forneceram materiais para construção das edificações.

Por essas razões, se verificou que a lei de incorporações com todos seus requisitos, obrigações e responsabilidade ao incorporador não eram mais suficientes para proteção aos direitos dos adquirentes. Nem mesmo as normas do Código de Defesa do Consumidor apresentavam instrumentos necessários para proteção patrimonial do adquirente para essa situação fática de não entrega das unidades imobiliárias e insolvência do incorporador.

Como já mencionamos, a Medida Provisória 2.221/2001, que foi convertida na Lei 10.931/2004, estabeleceu o instituto jurídico do regime da afetação aplicável às incorporações imobiliárias nos termos dos artigos 31-A a 31-F da Lei 4.591/1964.

A submissão da incorporação imobiliária ao regime da afetação é opcional e poderá ser realizada a qualquer tempo pelo incorporador a partir do registro do memorial de incorporação.

Em caso de falência do incorporador de incorporação imobiliária submetida ao regime da afetação, o artigo 31-F, caput, da Lei 4.591/1964 estabelece que os efeitos da decretação de falência ou insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens e direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.

A determinação do artigo 31-F da Lei 4.591/1964 foi ratificado pelo teor do artigo 119, VI e IX da Lei 111.101/2005 que determina:

**“Art.119.** Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

...

**VI** – na promessa de compra e venda de imóveis, aplicar-se-á a legislação respectiva;

...

**IX** – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.”

Pelas disposições legais, acima transcritas, os efeitos da falência do incorporador não terão repercussão nas incorporações imobiliárias submetidas ao regime da afetação.

Mas, os efeitos da decretação da falência do incorporador terão repercussão diretamente na incorporação imobiliária afetada, pois a Comissão de Representantes deverá convocar assembleia geral para as seguintes providências:

- a) por maioria simples, ratificar o mandato da Comissão de Representantes ou elegerá novos membros;
- b) em primeira convocação, por dois terços dos votos dos adquirentes, ou, em segunda convocação, pela maioria absoluta desses votos, instituirá o condomínio de construção por instrumento público ou particular ;e
- c) deliberará sobre a continuação ou liquidação do patrimônio de afetação.

Vale mencionar que a convocação dessa assembleia geral também poderá ter como causa a paralisação das obras do empreendimento nos termos do artigo 43, VI da Lei 4.591/1964.

Declarada a falência do incorporador, os adquirentes poderão dar continuidade à obra do empreendimento, contratando outra empresa para realizar a construção, e possibilitando, com isso, garantir ao consumidor a entrega do seu imóvel.

A decisão que vier a ser aprovada na assembleia geral dos adquirentes é soberana, pois representa a vontade da maioria dos adquirentes. Logo, se a decisão na assembleia for pela conclusão das obras da incorporação imobiliária, não poderá haver oposição do incorporador falido, administrador judicial, credores de outras obrigações do incorporador.

Caso existam adquirentes que discordem da continuidade das obras, deverão habilitar seus respectivos créditos junto a massa falida na condição de crédito privilegiado nos termos do artigo 43, VII da Lei 4.591/1964.

Aprovado em assembleia geral a continuidade das obras do empreendimento afetado, os adquirentes ficarão sub-rogados nos direitos e nas obrigações referente a

incorporação, inclusive perante a instituição financiadora, se houver financiamento imobiliária à construção. Nesse caso, se o valor do financiamento imobiliário não tiver sido totalmente liberado ao incorporador, o crédito remanescente deverá ser feito a favor dos adquirentes na proporção das obrigações de cada dos adquirentes para continuidade das obras do empreendimento e na forma que vier a ser estabelecida junto a instituição financeira credora.

A Comissão de Representantes passará a atuar, na afirmação de Melhim Namem Chalhub<sup>60</sup>:

como substituto do incorporador, agindo por seus membros ou por prepostos, sendo admissível que venham a ser contratados engenheiros, administradores ou outros profissionais habilitados a promover a execução dos atos relacionados ao prosseguimento da incorporação.

Para consecução da continuidade e conclusão das obras pelos adquirentes, à Comissão de Representantes terá mandato legal para:

- (i) receber e cobrar os saldos das frações ideais de cada unidade do empreendimento que não tenham sido pagos ao incorporador;
- (ii) outorgar as escrituras de compra e venda junto aos adquirentes e não precisará autorização judicial para fazê-lo;
- (iii) vender as unidades em “estoque”, isto é, que não tiverem sido alienadas pelo incorporador;
- (iv) administrar a conta de depósito, onde circulam os recursos decorrentes dos pagamentos dos preços das unidades do empreendimento, inclusive, com levantamento de balanço de transição para separação dos registros contábeis decorrentes da incorporação antes e após a decretação da falência do incorporador.

Caso os adquirentes decidam, na assembleia geral, pela liquidação do patrimônio de afetação, esta poderá ser realizada por meio de leilão ou outra forma que vier a ser estabelecida, distribuindo entre os adquirentes, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportados, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação. Não se obtendo, na venda, a

---

<sup>60</sup> Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. ob. cit., p.129.

reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador ( artigo 43, VII da Lei 4.591/1964).

Verifica-se, pelo exposto neste capítulo, que o patrimônio de afetação é um avanço nas relações entre incorporadores, adquirentes e instituições financeiras, pois apresenta mecanismos e ferramentas para maior transparência e fiscalização na atividade do incorporador, e com isso gera segurança e confiança aos adquirentes que pretendem ou venham a celebrar contrato com o incorporador para aquisição de unidade autônoma integrante de empreendimento imobiliário.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve a finalidade de demonstrar a evolução da responsabilidade da atividade desenvolvida pelo incorporador.

O aumento da demanda por imóveis a partir de 1930 nos grandes centros do país, não fornecia segurança jurídica para quem se aventurava na aquisição de imóveis durante a sua construção.

Não se exigia do incorporador uma qualificação ou requisitos mínimos para o exercício dessa atividade econômica. Razão pela qual, era comum a existência de problemas gerados pela atividade do incorporador, especialmente, quanto a não conclusão das obras de construção e a entrega da unidade imobiliária ao adquirente.

Em razão dessa situação que se apresentava na atividade desenvolvida pelo incorporador, foi publicada a Lei 4.591/1964, que além de regulamentar o condomínio especial, como nova modalidade de direito de propriedade que surgia nos grandes centros, estabeleceu quem poderia ser e exercer a atividade de incorporação imobiliária, impondo obrigações e responsabilidade ao incorporador.

A lei de incorporação imobiliária teve como finalidade a proteção do adquirente, de forma a equilibrar a relação com o incorporador. Nesse aspecto a lei de incorporação foi percussora do Código de Defesa do Consumidor em razão da identidade de princípios – boa-fé objetiva e função social do contrato.

Apesar das obrigações e responsabilidades previstas na lei de incorporação, com o reforço das disposições do Código de Defesa do Consumidor, não eram suficientes para proteção do adquirente e de todas as partes envolvidas e que participavam na cadeia produtiva do negócio da incorporação imobiliária.

Vale lembrar que, durante a década de 1990, os financiamentos concedidos a incorporadores imobiliários tinham como garantia a hipoteca sobre a totalidade do terreno objeto da incorporação imobiliária e as benfeitorias consistentes nas unidades a serem edificadas. O incorporador comercializava as unidades, durante o

período de obras, mediante a celebração de promessas de venda e compra que, além de não serem submetidas à anuência da instituição financeira, não eram levadas ao Registro Imobiliário.

Quando do ajuizamento das execuções contra os incorporadores inadimplentes, eram realizadas a penhora das unidades hipotecadas tidas como remanescentes que, presumivelmente, integrariam o patrimônio do incorporador executado. Nesse momento vieram à tona as promessas de venda e compra não registrada, sendo transações desconhecidas da instituição financeira.

Em razão da decretação da falência de algumas incorporadoras, em especial a Encol, ou mesmo a incapacidade de outras honrarem suas dívidas diretamente ou prestar outras garantias, a iminência de unidades já prometidas à venda virem a ser objeto de alienação judicial em tais execuções motivou inicialmente a interposição de embargos de terceiros pelos respectivos promitentes compradores, amparados pela Súmula nº 84 do Superior Tribunal de Justiça.

A repercussão nacional no caso da ENCOL, as inúmeras execuções de empresários tradicionais tomadores de financiamentos pelo Sistema Financeiro da Habitação, a decretação da quebra de parte dos mesmos, contribuiu para consolidar a orientação da jurisprudência, no sentido de proteger os adquirentes finais.

Apesar dos instrumentos e mecanismos de controle da atividade do incorporador, previstos na lei de incorporação, eles não foram suficientes para evitar os danos gerados aos adquirentes e aos participantes desse negócio jurídico. Além desse aspecto, a insegurança apresentada na atividade do incorporador tinha reflexo direto no aumento do desemprego no país, pois a baixa procura pela aquisição de imóveis em construção levava, conseqüentemente, o incorporador a reduzir sua atividade lançamento e construção de empreendimentos imobiliários.

A insegurança presente na atividade imobiliária, especialmente o caso Encol, permitiu a sociedade reavaliar a conduta e responsabilidade do incorporador em face dos princípios da atividade econômica previstos no artigo 170 da Constituição Federal.

Em razão disso, por meio da Lei 10.931/2004, surge o regime da afetação aplicado às incorporações imobiliárias.

Por meio deste instituto jurídico – Patrimônio de Afetação - o terreno, acessões e demais bens e direitos vinculados à incorporação imobiliária serão, por ficção jurídica, separados do patrimônio geral do incorporador e somente responderá por suas próprias dívidas.

Realizada a afetação de uma incorporação, a lei estabelece sua destinação específica para conclusão da obra, entrega das unidades aos adquirentes, e liquidação da dívida decorrente do financiamento e, dispõe que os bens e direitos integrantes da incorporação afetada permanecerão incomunicáveis e só responderá pelas suas próprias dívidas e obrigações, respondendo o incorporador de forma objetiva por qualquer lesão que venha a ser causado ao patrimônio de afetação, isto é, por qualquer desvio de recursos para outra finalidade.

E mais, fornece segurança ao adquirente, pois mesmo no caso de falência do incorporador, permitirá que seus adquirentes decidam sobre a continuidade ou não das obras do empreendimento, sem a necessidade de submeter ao rigor do processo falimentar.

Verifica-se que a lei que permitiu que cada incorporação lançada pelo incorporador possa ser considerada como se fosse única, separando fontes de recursos e de despesas em mais de uma obra. É uma importante medida de segurança para os adquirentes de imóveis em construção, inclusive, aos credores do incorporador, tais como fornecedores e instituições financeiras.

Caso o incorporador venha a falir, os valores pagos pelos adquirentes serão tratados de forma discriminada, uma vez que os recursos gerados pelas vendas das unidades de um empreendimento não se confundem com de outros empreendimentos.

E ainda, o regime de afetação, permite que os adquirentes, em caso de falência do incorporador, mantenham o andamento da obra com recursos do orçamento da incorporação.

Contudo, apesar dos benefícios decorrentes da afetação, é importante destacar o caráter opcional de submeter a incorporação ao regime de afetação. Aqui que reside, talvez, o ponto de interrogação desse instituto jurídico quanto a razão de ser facultativa e não obrigatória sua adoção pelo incorporador. Provavelmente, por “lobby” das incorporadoras junto ao Congresso Nacional com receio das obrigações e responsabilidades previstas na lei.

Mas, a adoção do regime de afetação, na prática, é baixa e somente ocorre por duas razões, quais sejam, por condição do financiamento imobiliário concedido por instituição financeira, ou, por planejamento tributário ao adotar o regime especial de tributação previsto na lei de incorporação.

Vale dizer que o regime de afetação, nos termos da Lei 10.931/2004, ratificou a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e função social do contrato previstos nos artigos 421 e 422 do Código Civil e artigo 4º., III e artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, o negócio jurídico da incorporação imobiliária deve observar a boa-fé objetiva e a função social do contrato, que está ligada a sua função econômica, pois o contrato é instrumento de circulação de riquezas.

A incorporação imobiliária afetada representa o cumprimento dos termos do contrato firmado entre o adquirente e o incorporador, garantindo-lhes direitos e deveres. Ou seja, fornece segurança jurídica ao contrato, para que o adquirente possa receber o imóvel e o incorporador receber o preço da venda, dentro dos prazos e condições estabelecidos no contrato.

A afetação garante uma proteção jurídica eficaz a cada incorporação, que se torna incomunicável com os demais negócios da empresa incorporadora. Assim, a incorporação afetada fica resguardada contra o eventual insucesso da incorporadora em seus outros negócios. A afetação garante segurança ao contrato de incorporação e proporciona às partes interessadas os meios necessários à conclusão do negócio, nas condições e prazos instituídos. Cumpre-se, dessa forma, a função econômica e social do contrato.

### Referências Bibliográficas

AMARAL, Francisco. Introdução ao Direito Civil Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BARROSO, Lucas Abreu. A função ambiental do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). Questões Controvertidas no Novo Código Civil – São Paulo: Método, 2005, v.4.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/180907.pdf>>. Acesso em 25/10/11.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira e PEREIRA, Ruth Maria Junqueira de Andrade. Sociedade de propósito específico no setor imobiliário.. In: CASTRO, Daniel Aureo (Coord). Direito Imobiliário Atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FRANCO, J.Nascimento e GONDO, Niske. Incorporações Imobiliárias. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

GHEZZI, Leandro Leal. A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol V.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MILARÉ, Édis. Direito do Meio Ambiente – A Gestão Ambiental em Foco. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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