

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANA WANDERLEY ARRAES

**A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE EM INCORPORAÇÕES
IMOBILIÁRIAS COM PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO**

Maceió/AL

2024

MARIANA WANDERLEY ARRAES

**A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE EM INCORPORAÇÕES
IMOBILIÁRIAS COM PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL)
como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto de
Albuquerque Ehrhardt Júnior.

Maceió/AL

2024

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecária: Helena Cristina Pimentel do Vale – CRB4 - 661

A773e Arraes, Mariana Wanderley.
A efetividade da proteção do adquirente em incorporações imobiliárias com
patrimônio de afetação / Mariana Wanderley Arraes. – 2024.
54 f.

Orientador: Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade
Federal de Alagoa, Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2024.

Bibliografia. f. 51-54.

1. Incorporação imobiliária. 2. Patrimônio de afetação. 3. Proteção do adquirente.
I. Título.

CDU: 347.2(81)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as implicações que a instituição do patrimônio de afetação traz à incorporação imobiliária, sobretudo no que concerne à proteção do adquirente, principal objetivo da lei a qual instituiu a possibilidade de adoção do regime da separação patrimonial em tais empreendimentos. Assim, o estudo em tela perpassará os principais aspectos concernentes às incorporações imobiliárias, sobretudo suas implicações jurídicas, incluindo-se as obrigações que a espécie contratual traz tanto para o incorporador quanto para o adquirente, bem como analisará as alterações que a Lei n.º 13.786/2018 trouxe ao cenário dos distratos de contratos de compra e venda de imóveis incorporados, principalmente em razão da retenção de maior percentual de valores pagos em relação aos empreendimentos afetados. Outro importante aspecto que merece a atenção do estudo diz respeito à conceituação do patrimônio de afetação e ao contexto histórico que influenciou a criação da lei que permitiu a afetação de incorporações, sobretudo em razão da falência da incorporadora Encol S.A. e da posterior insegurança do mercado imobiliário. Nessa senda, serão estudadas ainda as principais implicações que a adoção do regime de afetação traz ao empreendimento, com foco na sua constituição e nos deveres que traz ao incorporador. A partir disso, serão analisadas as efetivas vantagens (ou desvantagens) que o patrimônio separado proporciona, perpassando pelas consequências que a falência, insolvência civil ou recuperação judicial do incorporador causam em relação à continuidade do empreendimento e pelas alternativas previstas para os promissários compradores em caso de paralisação da obra, para, ao final, oferecer uma visão crítica acerca da efetividade da proteção do adquirente em incorporações imobiliárias com patrimônio de afetação.

Palavras-chave: incorporação imobiliária; patrimônio de afetação; proteção do adquirente.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the implications that the establishment of patrimony of affectation brings to real estate development, especially concerning the protection of the buyer, which is the main objective of the law which introduced the possibility of adopting the regime of patrimonial separation in such ventures. Thus, the study will cover the main aspects related to real estate developments, particularly their legal implications, including the obligations that this type of contract imposes on both the developer and the buyer. Additionally, it will examine the changes brought by Law No. 13.786/2018 to the scenario of terminations of purchase and sale contracts of incorporated real estate, particularly regarding the retention of a higher percentage of amounts paid for affected developments. Another important aspect that deserves attention in the study concerns the concept of patrimony of affectation and the historical context that influenced the creation of the law that allowed for the affectation of real estate developments, especially due to the bankruptcy of Encol S.A. and the subsequent insecurity in the real estate market. In this context, the main implications that the adoption of the patrimony of affectation regime brings to the development will also be studied, focusing on its establishment and the duties it imposes on the developer. From there, the effective advantages (or disadvantages) that separated patrimony provides will be analyzed, including the consequences that the bankruptcy, civil insolvency, or judicial recovery of the developer may have on the continuation of the project, as well as the alternatives available to prospective buyers in case of work stoppage, in order to ultimately offer a critical view of the effectiveness of buyer protection in real estate developments with patrimony of affectation.

Keywords: real estate development; patrimony of affectation; buyer protection.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	8
2.1 Conceito e principais etapas da incorporação imobiliária.....	10
2.1.1 O registro do memorial de incorporação.....	11
2.1.2 A constituição da comissão de representantes.....	13
2.1.3 A construção do empreendimento.....	15
2.1.4 A expedição do auto de conclusão da obra (habite-se) e averbação da construção.....	16
2.2 As obrigações impostas às partes da relação jurídica na incorporação.....	17
2.2.1 As obrigações do incorporador.....	17
2.2.2 As obrigações do adquirente.....	18
2.3 A Lei n.º 13.786/2018 e seus impactos nos distratos de contratos imobiliários.....	19
2.3.1 A retenção de valores pelo incorporador quando do distrato ou resolução do contrato..	19
2.3.2 A tolerância de 180 dias para a entrega do empreendimento.....	22
3. A APLICAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO EM INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS.....	23
3.1 Contexto histórico e objetivos da Lei n.º 10.931/2004.....	23
3.2 Conceito e implicações do patrimônio de afetação em incorporações imobiliárias....	27
3.3 A constituição do patrimônio de afetação e o funcionamento da incorporação imobiliária afetada.....	31
4. A PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE EM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SOB O REGIME DE PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO.....	34
4.1 As implicações da falência, da insolvência civil e da recuperação judicial do incorporador em empreendimentos de patrimônio afetado.....	35
4.2 As alternativas previstas para os adquirentes diante da não conclusão da obra.....	39
4.3 A efetividade da proteção do adquirente de incorporações imobiliárias com patrimônio de afetação.....	42
4.3.1 O problema da não obrigatoriedade de constituição do patrimônio de afetação.....	42
4.3.2 A responsabilidade sobre os débitos fiscais, previdenciários e trabalhistas ligados à incorporação afetada.....	43
4.3.3 As alterações trazidas pela Lei n.º 13.786/2018 à luz da proteção do promissário comprador.....	45
4.3.4 A precariedade da fiscalização do patrimônio afetado.....	47
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

1. INTRODUÇÃO

Segundo dados da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias, em um período de 12 meses, até maio de 2024, foram comercializados mais de 183 mil imóveis, o que representa uma alta de 45,3% em relação a números anteriores do setor (ABRAINC, 2024), informações que permitem dimensionar a expressividade do mercado imobiliário no cenário do país.

Em relação ao setor, no entanto, a aquisição de imóveis na planta é uma espécie de investimento que, em decorrência do alto valor aplicado e do risco de não conclusão da obra, não raro traz preocupação aos adquirentes. No contexto do mercado imobiliário brasileiro, a decretação de falência da incorporadora Encol S.A., na década de 1990, deixou desamparadas milhares de famílias que haviam investido suas reservas financeiras na compra de unidades imobiliárias cuja construção jamais seria finalizada.

Diante da crise que assolou o mercado imobiliário à época em decorrência do evento narrado, havia necessidade de proporcionar aos adquirentes maior segurança na compra de imóveis a construir, de modo que a Lei n.º 10.931/2004 (BRASIL, 2004) criou a possibilidade de adoção do regime de patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias.

Por meio do instituto, todos os bens e direitos ligados à incorporação afetada ficam segregados do patrimônio do incorporador, e devem servir somente à consecução daquele empreendimento em específico, no intuito de garantir a satisfação do objeto principal do contrato de incorporação, qual seja, a finalização da obra.

Tudo isso visa proporcionar maior segurança aos adquirentes em relação ao destino de seu investimento para que, em situações como falência, insolvência civil ou recuperação judicial do incorporador, os promissários compradores das unidades da incorporação afetada não sejam prejudicados pela falta de recursos para a continuidade da obra ou para recompor o investimento feito.

Ocorre que existem dúvidas acerca da eficácia que traz o patrimônio de afetação constituído em relação à proteção do adquirente, sobretudo porque a lei que o instituiu não tornou obrigatória a sua adoção, e, mesmo em hipóteses jurídicas que são vistas como um

estímulo para que o incorporador adote a segregação patrimonial, a efetiva segurança do consumidor é duvidosa.

Exemplo disso é a Lei n.º 13.786/2018, a qual será abordada neste trabalho e estabeleceu mudanças no cenário das incorporações afetadas no que concerne à possibilidade de retenção de valores pelo incorporador em caso de distrato, permitindo a retenção de porcentagem maior do que foi pago pelo adquirente em casos de distrato quando há afetação patrimonial.

Em relação ao cenário anterior e posterior ao mencionado diploma legal, as métricas da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) demonstram que, nos anos de 2016 e 2017, a proporção entre as unidades imobiliárias vendidas e os distratos realizados chegou as porcentagens de 42,8% (ABRAINC, 2017) e 43,8% (ABRAINC, 2018), respectivamente. Em contrapartida, nos anos de 2019 e 2021, após entrada em vigor da Lei n.º 13.86/2018, tem-se as porcentagens respectivas de 16% (ABRAINC, 2020) e 11,7% (ABRAINC, 2022) de distratos realizados em relação ao número de unidades vendidas.

Além disso, outro alvo de questionamentos acerca da efetividade do instituto do patrimônio afetado diz respeito a aspectos como a obrigatoriedade de assunção das dívidas previdenciárias, trabalhistas e fiscais deixadas pelo incorporador falido ou insolvente pelos adquirentes para que seja possível prosseguir com a construção.

Portanto, faz-se necessário aferir se de fato a Lei n.º 10.931/2004, ao possibilitar a afetação de incorporações imobiliárias, proporcionou maior segurança aos adquirentes no que concerne à garantia de conclusão da obra ou de restituição do valor investido em razão da destinação vinculada dos recursos afetados, aferindo-se as vantagens (e desvantagens) nas quais a segregação patrimonial de empreendimentos imobiliários implica, para, ao final, concluir se há efetiva proteção do adquirente por meio de sua adoção.

Para auxiliar a compreensão da estrutura do texto, frisa-se que este trabalho se divide em três seções de conteúdo principais: na primeira, abordou-se os aspectos atinentes às incorporações imobiliárias, sobretudo do ponto de vista jurídico; já a segunda seção cuidou de explorar o instituto do patrimônio de afetação quando adotado nos mencionados

empreendimentos; e a terceira delas, por fim, dedicou-se a traçar análise sobre a efetividade da proteção do adquirente em relação a incorporações que adotam a afetação patrimonial.

Em relação à metodologia utilizada, este trabalho utilizou o método dedutivo, e se valeu do procedimento bibliográfico para analisar o objeto da pesquisa, por meio do levantamento da bibliografia atinente ao tema em livros, revistas e artigos científicos. Além disso, utilizou-se a legislação e a jurisprudência para entender os principais aspectos e impactos do alvo do estudo.

2. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Ao tratar de estudo sobre incorporação imobiliária, tem-se como análise de suma importância a abordagem do tema sob o viés contratual, cuja observância se faz necessária tendo em vista que ela se trata, essencialmente, de um negócio jurídico pelo qual o incorporador se obriga a efetivar a venda de frações ideais de terreno visando sua vinculação à unidades autônomas, em edificações a ser construídas ou em construção, enquanto os adquirentes ficam obrigados a pagar o preço das respectivas unidades (CHALHUB, 2024, p. 143).

Para Paulo Lôbo (2020, v. 3, p. 417), a incorporação de imóveis implica em uma fusão de duas espécies contratuais: o contrato de empreitada e o contrato de compra e venda, de modo que incorporador é também um empreiteiro e se sujeita aos deveres legais correspondentes. Nessa senda, destaca-se que a compra e venda objeto da incorporação é de coisa futura, cuja previsão se encontra no artigo 413 do Código Civil (BRASIL, 2002), porquanto a construção da unidade imobiliária autônoma ainda não foi concluída.

Em relação a essa fusão entre o contrato de compra e venda e o contrato de empreitada, tem-se, na visão de Tatiana Bahia Carvalho Siqueira, valiosa lição quando se afirma que o negócio jurídico da incorporação “assume a função de transmitir o direito aquisitivo à propriedade e também de estruturar a operação econômica pela captação de recursos necessários à implementação do empreendimento” (SIQUEIRA, 2022, p. 3).

Assim, Chalhub (2024, p. 143) classifica a incorporação imobiliária como um negócio jurídico típico bilateral, consensual, oneroso, comutativo, solene e de execução continuada, e,

em relação a isso, Arnaldo Rizzardo (2021, p. 455-456) destrincha, uma a uma, todas as classificações contratuais mencionadas:

Bilateral ou sinalagmático porque decorre obrigações de ambas as partes, ou correspectivas, com o incorporador administrando a construção até a entrega das unidades, e os adquirentes efetuando os pagamentos, ou fornecendo os meios para que seja alcançado o propósito último da obra.

Considera-se oneroso em razão das contraprestações de cada parte, dos encargos recíprocos, do custo das obrigações de ambos os contratantes, devendo ser compensados ou remunerados pela atividade desenvolvida e impondo-se a realização das obras.

Diz-se comutativo porque as prestações de um e de outro lado devem manter uma correspondência ou equivalência bastante exata, evitando desproporções injustas, ou vantagens exageradas de um dos contratantes. O valor que o adquirente paga representará o real preço da unidade, de sorte a ninguém ficar prejudicado.

É consensual o contrato desde que manifestadas as declarações de vontade de ambos os figurantes através de instrumento escrito, e não podendo ser imposto unilateralmente, com cláusulas favoráveis a somente um dos lados da relação. Por isso, necessária a obediência aos princípios e regramentos do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), e de outros diplomas, como o artigo 122 do Código Civil.

Enquadra-se como típico porque regido por uma legislação própria, a Lei n. 4.591/1964, tanto que seu artigo 28 é expresso em submeter as incorporações à sua disciplina: [...]

Inclui-se entre os contratos de execução continuada, porquanto não se esgota em um momento único, sendo que, normalmente, o pagamento se faz em prestações sucessivas, enquanto o erguimento da construção segue um ritmo de etapas, até chegar ao seu final. [...]

Tem-se um contrato solene no sentido de exigir, para a sua validade e imposição, a formalização através de vários requisitos, como a celebração por meio de um instrumento escrito, devendo levar-se a termo o arquivamento de uma série de documentos relacionados no artigo 32 da Lei n. 4.591/1964, com o pedido de registro imobiliário. [...] (RIZZARDO, 2021, p. 455-456).

Indo além da classificação contratual, Chalhub (2024, p. 144-145) afirma que existem três características as quais distinguem o contrato de incorporação imobiliária da venda ou da construção, isoladamente: a articulação da construção à venda; o caráter coletivo do contrato, considerando o condicionamento da execução do negócio jurídico à coordenação entre incorporador e todos os adquirentes; e a sujeição do contrato a mecanismos legais de controle e fiscalização por meio da comissão de representantes dos adquirentes, considerando o interesse comunitário nele.

Tem-se, portanto, que o negócio jurídico sob estudo demonstra peculiaridades em relação, por exemplo, aos contratos cuja fusão lhe dá origem (a empreitada e a compra e venda) separadamente, e tem como partes o incorporador e o adquirente.

Feita uma análise introdutória da incorporação imobiliária sob o manto contratual por meio da apresentação de suas principais características, é possível partir para diferentes aspectos de seu estudo, os quais incluem a definição do instituto e algumas de suas características jurídicas mais relevantes.

2.1 Conceito e principais etapas da incorporação imobiliária

Disciplinada principalmente pela Lei n.º 4.591/1964, a incorporação imobiliária tem seu conceito veiculado pelo referido diploma legal, o qual a define como “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” no parágrafo único de seu artigo 28 (BRASIL, 1964).

Nesse sentido, é possível complementar a definição sob a ótica de Arnaldo Rizzardo (2021, p. 424), segundo o qual, na incorporação, obriga-se uma pessoa a promover a construção de um edifício dividido em unidades autônomas para distintos adquirentes da respectiva fração ideal do terreno, sob regime de condomínio especial, com a sua transferência no curso de sua construção.

Cabe mencionar que o regime de condomínio especial se refere ao condomínio edilício (RIZZARDO, 2021, p. 59), ou seja, aquele em edificação, no qual é possível expandir o potencial da função social da propriedade ao permitir que um único terreno garanta o direito à moradia para vários núcleos familiares.

Característica marcante dos condomínios em edificações diz respeito à coexistência do regime de propriedade exclusiva, referente à unidade imobiliária que pertence ao adquirente, com o condomínio das áreas comuns (SCAVONE JR., 2020, p. 312), o qual é compartilhado por todos os proprietários de unidades da edificação.

Assim, o também chamado regime condominial geral é caracterizado, nas palavras de Melhim Namen Chalhub (2024, p. 59), pela indivisão do objeto e divisão dos sujeitos, tendo em vista que os adquirentes são titulares de frações de imóvel e exercem a propriedade na proporção das mencionadas frações.

A disposição se encontra também no Código Civil, o qual, em seu artigo 1.331, *caput*, já prevê a existência, em edificações, de algumas partes que são propriedade exclusiva e de outras que constituem propriedade comum de todos os condôminos (BRASIL, 2002). O mesmo diploma legal tratou de determinar que caberá, a cada unidade imobiliária, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns da edificação a ser identificada no instrumento de constituição do condomínio (BRASIL, 2002), a qual, na maior parte dos casos, é calculada proporcionalmente em relação ao tamanho da unidade autônoma (SCAVONE JR., 2020, p. 315).

Delimitado o conceito e algumas das noções básicas que regem a incorporação imobiliária, é preciso versar sobre alguns dos principais aspectos que a compõem. Para tanto, considerando a realização deste trabalho sob o enfoque do Direito, em que pese haver, naturalmente, por exemplo, um estudo mercadológico prévio, entre outras etapas que dizem respeito a questões não atinentes ao aspecto jurídico da incorporação imobiliária, de modo a ser possível considerá-las também etapas do processo, a abordagem aqui será limitada ao campo jurídico, partindo, para tal, dos atos que envolvem diretamente a mencionada área de estudo.

As etapas e aspectos atinentes ao processo da incorporação são vastas, de modo que o instituto compreende uma série de atos os quais abrangem diversos procedimentos, incluindo projetar o empreendimento, obter do órgãos competentes a autorização para construir, divulgar a venda das unidades autônomas, entre outros, conforme melhor exemplificado por Arnaldo Rizzardo:

(...) um conjunto de ações e atos, que vai desde a formulação da ideia, a elaboração de um plano, concretizando-se em memoriais, plantas, cronogramas, desenhos, encaminhamentos administrativos, divulgações e propaganda, encaminhamento para o registro, a escolha e adequação do terreno, e o desenvolver das obras, culminando com a averbação da construção no registro de imóveis e a individualização ou discriminação do direito de propriedade, em ato de abertura de matrícula de cada unidade. (RIZZARDO, 2021, p. 459).

Assim, os subtópicos a seguir versarão sobre algumas das principais etapas e aspectos da incorporação que estão relacionadas a uma abordagem jurídica.

2.1.1 O registro do memorial de incorporação

Para possibilitar a alienação das unidades autônomas do empreendimento, o incorporador é legalmente obrigado a registrar o memorial da incorporação no registro de imóveis competente, conforme se extrai do *caput* do artigo 32 da Lei n.º 4.951/1964 (BRASIL, 1964). Importante é mencionar que o registro em questão é composto por uma série de documentos, dispostos nas alíneas do mesmo dispositivo.

Entre eles estão incluídos, a título exemplificativo: o título de propriedade do terreno, ou de promessa, irrevogável e irretratável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado; o projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes; o memorial descritivo das especificações da obra projetada; e minuta de convenção de condomínio que disciplinará o uso das futuras unidades e partes comuns do conjunto imobiliário (BRASIL, 1964).

Além disso, pode estar incluído entre os documentos que acompanham o memorial o termo de afetação, o qual consiste em documento que declara a submissão da incorporação ao regime de patrimônio afetado (CHALHUB, 2024, p. 59).

A apresentação dos documentos em questão trata de assegurar ao adquirente informações essenciais sobre o empreendimento, o que representa, na visão de Tania Bahia Carvalho Siqueira (2022, p. 11), uma tutela ao patrimônio do consumidor por força do caráter social do contrato.

Nessa senda, tem-se que são duas as principais funções do registro do memorial de incorporação: uma delas é estruturar e divulgar o negócio, e a outra é criar os direitos de propriedade que serão alienados (CHALHUB, 2024, p. 61).

Destaque-se que o registro do memorial de incorporação, uma vez realizado, não é eterno, e possui uma espécie de prazo de validade que dura 180 dias para a efetivação do empreendimento, período no qual o incorporador deverá ter comercializado ao menos uma das unidades imobiliárias, contratado financiamento para a construção ou iniciado a obra, nos termos do artigo 33, *caput* da Lei n.º 4.591/1964 (BRASIL, 1964). A partir do preenchimento

de qualquer uma dessas condições, considera-se efetivada a incorporação (EYNG; PEIXOTO, 2016, p. 10).

Transcorrido o prazo firmado legalmente sem que tenha sido efetivado o empreendimento, deverá o incorporador proceder com a revalidação do registro, atualizando toda a documentação pertinente, de modo que somente após a mencionada atualização se permite novamente a alienação de unidades autônomas (SIQUEIRA, 2022, p. 11).

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo (2021, p. 637) leciona que o prazo de 180 dias não diz respeito à validade do registro da incorporação, mas sim da autorização para que o incorporador a efetive mediante o preenchimento de uma das condições elencadas. Dessa forma, uma vez atualizados os documentos exigidos pelo artigo 32 da Lei n.º 4.951/1964, revalida-se o direito de concretizar a incorporação.

Cabe dizer que, mesmo após o registro do memorial de incorporação, ainda é possível que o incorporador desista do empreendimento, conforme se extrai do caput do artigo 34 da Lei n.º 4.591/1964 (BRASIL, 2004), o qual permite a fixação de um prazo de carência, durante o qual se pode desistir da incorporação.

A possibilidade foi criada, para Chalhub (2024, p. 78), como forma de resguardar tanto o incorporador quanto o adquirente quando, a título de exemplo, não há adesão suficiente ao empreendimento para permitir a captação dos recursos financeiros necessários à sua consecução.

Em tais casos, a desistência deverá ser denunciada ao registro de imóveis, bem como informada a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição de unidades. Cabe ainda ao incorporador, em trinta dias contados a partir da denúncia da incorporação, restituir atualizadamente aos adquirentes as importâncias pagas, acrescidas de juros de 6% ao ano (AGHIARIAN, 2010, p. 164), de modo a recompor o investimento feito pelo promissário comprador.

2.1.2 A constituição da comissão de representantes

Outro fundamental aspecto da incorporação imobiliária positivado na Lei n.º 4.591/1964 se refere à disposição veiculada pelo artigo 50, *caput* do mencionado diploma legal, o qual estabelece a obrigatoriedade de constituição de uma comissão de representantes composta por pelo menos três adquirentes do empreendimento, a qual deverá representar os interesses deles perante o incorporador, o que deve ocorrer dentro de até seis meses contados a partir do registro do memorial de incorporação (BRASIL, 1964).

Em síntese, a função da comissão é de fiscalizar o funcionamento da incorporação, de modo que a própria legislação atribuiu ao incorporador o dever de apresentar, perante o instituto, informações referentes ao empreendimento que são de interesse dos adquirentes, de modo a contribuir para a regular aplicação dos recursos destinados à consecução da obra.

Entre tais obrigações, destinadas, sobretudo, às incorporações submetidas ao regime de afetação - em que os bens e direitos do empreendimento são separados do patrimônio do incorporador -, incluem-se: entrega, no mínimo a cada três meses, de demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros que integrem o patrimônio de afetação recebidos no período - caso ele tenha sido constituído -, firmados por profissionais habilitados; a entrega de balancetes coincidentes com o trimestre civil, relativos a cada patrimônio de afetação; e a concessão, à pessoa física ou jurídica nomeada pela comissão de representantes, de livre acesso à obra e aos livros, contratos, movimentações da conta de depósito exclusiva da incorporação e quaisquer outros documentos relativos ao patrimônio de afetação (BRASIL, 1964).

Para Hércules Aghiarian (2010, p. 166), a legislação tratou de prevenir possível conluio, de modo que a assembleia geral de adquirentes pode revogar, por maioria absoluta de votos, qualquer negócio ou decisão praticados pela comissão de representantes.

Ainda assim, a comissão é facilmente manipulada pelo incorporador para Luiz Antonio Scavone Júnior (2020, p. 323), posto que o incorporador, na visão do autor, poderá se valer do início das obras e eleger alguém de sua confiança, e, inclusive, simular compromisso de compra e venda para tanto. Em tais casos, ainda que a simulação torne o ato nulo, o fato é de difícil prova e demonstra a ausência de sensibilidade da lei com a parte mais fraca da

relação jurídica de incorporação (SCAVONE JR., 2020, p. 323). Conflitam, pois, o intuito fiscalizador da instituição da comissão e a ausência de mecanismos para lhe garantir maior credibilidade.

2.1.3 A construção do empreendimento

Uma vez registrado o memorial e realizada a efetivação da incorporação, naturalmente, dá-se início a sua construção - se não já houver sido iniciada como um dos meios de concretizar o empreendimento, conforme prevê o artigo 33, *caput* da Lei n.º 4.591/1964 (BRASIL, 1964). Nessa senda, é importante fazer distinção entre dois papéis que, nem sempre, na incorporação imobiliária, são ocupados pela mesma pessoa (seja ela física ou jurídica): o do incorporador e o do construtor.

É fato que, por vezes, ambas as atividades são assumidas pela figura do incorporador. No entanto, a ele é possibilitado delegar a função de execução da obra - nos termos do memorial descritivo e em consonância com o projeto da incorporação -, de modo que sua atuação abrangerá aspectos atinentes à organização e administração do empreendimento (RIZZARDO, 2021, p. 449), enquanto o construtor se aterá ao fornecimento de seu trabalho - mão de obra - ou dele e de materiais para a construção, firmando-se um contrato de empreitada, cuja disciplina se assenta no artigo 610, *caput* do Código Civil (BRASIL, 2002).

A possibilidade é descrita pela própria redação da Lei n.º 4.591/1964 em seu artigo 48, *caput*, o qual permite a construção sob o regime de empreitada ou administração (BRASIL, 1964), tratando-se a última hipótese, por sua vez, daquela em que os próprios adquirentes contratam o responsável por executar a obra (EYNG; PEIXOTO, 2016, p. 9).

No que concerne ao comumente adotado regime de empreitada - quando a incorporadora se encarrega de contratar a pessoa física ou jurídica responsável pela execução da obra -, tem-se que a responsabilidade pela consecução do objeto do contrato - isto é, a construção do empreendimento - é solidária, o que se extrai da interpretação de diplomas legais como o Código Civil, em seu artigo 618, *caput* (BRASIL, 2002).

É possível também extrair a mencionada solidariedade da legislação consumerista, conforme se veicula em vários de seus dispositivos, a exemplo do *caput* do artigo 12, o qual estabelece a responsabilidade do construtor (BRASIL, 1990).

Acerca desta responsabilidade solidária entre o incorporador e o construtor, ressalta-se a visão de Roberta Buarque Corrêa (2014, p. 54), a qual versa sobre a ocorrência de uma substituição na relação jurídica firmada com o adquirente nos casos em que a construção fica sob a responsabilidade de um empreiteiro:

Isso porque, o incorporador, ao transferir ao construtor a execução da obra, por este se faz substituir na relação jurídica estabelecida com o adquirente da unidade construída e da fração ideal de um terreno, de maneira que deve ser responsabilizado pela má execução ou pelos defeitos da obra incorporada, ainda que decorrentes da atuação do substituído. (CORRÊA, 2014, p. 54)

É dizer, mesmo ocorrendo a mencionada substituição, não se exime o incorporador da responsabilidade sobre quaisquer problemas concernentes à execução da obra, incluindo-se a sua finalização, de modo que ele continua a ser o responsável pela consecução do objeto principal do contrato de incorporação.

2.1.4 A expedição do auto de conclusão da obra (habite-se) e averbação da construção

Finalizada a construção do empreendimento, passa-se a buscar a expedição do auto de conclusão da obra, conhecido como “habite-se”. É por meio do mencionado documento, expedido pela municipalidade competente, que se atesta a regularidade da construção em consonância com o projeto (SCAVONE JR., 2020, p. 1.676).

Observa-se que a responsabilidade sobre a obtenção do habite-se recai sobre o incorporador, e, no entanto, dada a importância do documento, a legislação cuidou de atribuir ao construtor o dever de obtenção quando aquele se abstém, e, em último caso, a mencionada responsabilidade é facultada a quaisquer dos adquirentes de unidades do empreendimento, nos termos do artigo 44 e seus parágrafos da Lei n.º 4.591/1964 (BRASIL, 1964).

Isso se dá porque é somente após a concessão do habite-se que se possibilita ao incorporador promover a averbação da construção em correspondência às frações ideais discriminadas na matrícula do imóvel (BRASIL, 1964), permitindo-se, com a competente averbação, individualizar a incorporação em unidades autônomas.

O procedimento consiste no desmembramento da matrícula “mãe” para dar origem às novas matrículas correspondentes a cada uma das unidades autônomas que compõem o empreendimento (RIZZARDO, 2021, p. 760-761).

É somente partir disso é que poderá haver a transferência da propriedade das unidades para cada um dos adquirentes, pois, antes do procedimento, há apenas, nas palavras de Adilson Neri Pereira (2023, p. 174), um condomínio limitado a uma parcela da área ideal, posto que o compromisso de compra e venda identifica apenas a promessa de futura existência daquela unidade.

Assim, apenas com a averbação da construção que se faz possível transmitir a propriedade das unidades autônomas em favor dos adquirentes, visto que, antes do mencionado procedimento, não é possível, havendo apenas uma matrícula para toda a edificação, transmiti-la a qualquer um dos promissários compradores.

Em síntese, são esses alguns dos principais procedimentos adotados na incorporação imobiliária, para que, ao final, haja a consecução do objetivo pretendido quando se inicia empreendimento dessa espécie.

2.2 As obrigações impostas às partes da relação jurídica na incorporação

Em consonância com as considerações já expostas neste capítulo, é fato que são vastas as obrigações impostas em razão da incorporação tanto ao adquirente, quanto ao incorporador. Nessa senda, é possível fazer uma síntese dos principais deveres, atinentes a tal espécie de empreendimento, os quais são atribuídos legalmente a ambas as partes da relação jurídica que nasce da incorporação.

2.2.1 As obrigações do incorporador

Naturalmente, a figura do incorporador, como titular do negócio da incorporação e mobilizador dos fatores de produção necessários à consecução da obra e venda das unidades imobiliárias (CHALHUB, 2024, p. 20), fica encarregada de uma série de deveres relacionados ao exercício de sua atividade.

Nesse sentido, a lei buscou, nas palavras de Arnaldo Rizzardo, “desestimular e impedir que aventureiros se lancem a promover incorporações, por não possuírem lastro econômico, condições técnicas e mesmo uma infraestrutura condizente” (2021, p. 769).

Para tanto, atribui-se ao incorporador, entre outros deveres, a obrigação de promover o registro do memorial de incorporação; a transmissão da posse e do domínio da unidade autônoma ao adquirente, pronta e acabada, da forma constante em contrato; e, como exemplo de imposição proibitiva, a vedação de promover alterações do projeto da construção (RIZZARDO, 2021, p. 769-770).

Tal proibição encontra duas exceções, veiculadas pelo artigo 43, inciso IV da Lei n.º 4.591/1964, sendo elas as hipóteses de autorização unânime dos interessados e de exigência legal (BRASIL, 1964).

Além disso, demonstrou-se anteriormente que, em relação aos empreendimentos com patrimônio de afetação, a lei impôs ainda obrigações ao incorporador que envolvem a apresentação de balancetes, contratos, demonstrativos do estado da obra, entre outros documentos à comissão de representantes dos adquirentes (BRASIL, 1964).

Tem-se, assim, que a legislação buscou promover maior segurança para o adquirente ao impor uma série de deveres ao incorporador, isso em razão do risco decorrente das incorporações imobiliárias, sobretudo no que concerne à conclusão da obra (RIZZARDO, 2021, p. 769).

2.2.2 As obrigações do adquirente

Em relação ao adquirente de unidade imobiliária em incorporação, é fato que sua principal obrigação consiste em adimplir regularmente com o pagamento avençado na promessa de compra e venda que teve por objeto a aquisição do imóvel futuro.

Ora, o inadimplemento é instituto já há muito consagrado na legislação, assim como suas consequências mais evidentes, a exemplo do que dispõe o *caput* do artigo 349 do Código Civil, que, em face do não cumprimento da obrigação, impõe a obrigação do devedor de arcar perdas e danos, mais juros, atualização monetária e honorários de advogado (BRASIL, 2002).

Em contratos que envolvem objeto tão custoso, por óbvio, não poderia ser diferente, tanto que a Lei n.º 4.591/1964 estabelece as sanções cabíveis em razão da mora do adquirente, incluindo-se a incidência de juros, multa e correção monetária (BRASIL, 1964).

Tais penalidades se tratam, no entanto, de medidas preliminares, posto que a renitência em inadimplir com as prestações acordadas implica na rescisão do contrato após prévia notificação, possibilidade viabilizada a partir do inadimplemento de três prestações contratualmente estabelecidas (BRASIL, 1964).

2.3 A Lei n.º 13.786/2018 e seus impactos nos distratos de contratos imobiliários

Ao versar sobre incorporações imobiliárias, é fundamental trazer à baila, como diploma legal concernente ao tema, a Lei n.º 13.786/2018 (Lei dos Distratos), ante as mudanças significativas que a mencionada legislação trouxe ao cenário das incorporações nos últimos anos, algumas das quais exercem expressiva influência na compra e venda de imóveis integrantes de uma incorporação.

2.3.1 A retenção de valores pelo incorporador quando do distrato ou resolução do contrato

A mencionada lei cuidou de disciplinar, entre outras questões pertinentes, a extinção do contrato de compra e venda de imóvel, seja pela via da resolução ou do distrato, importando, neste ponto, diferenciar os dois institutos. Nesse sentido, esclarece-se que a resolução do instrumento contratual é aquela que ocorre com efeitos retroativos, a pedido de uma das partes e em razão do inadimplemento da outra (LÔBO, 2020, v. 3, p. 226).

O distrato, por sua vez, é uma espécie do gênero resilição. Isso porque o referido instituto abarca dois tipos de resilição do contrato: a unilateral, quando é de iniciativa de somente uma das partes, e a bilateral, também chamada de distrato, a qual ocorre quando ambos os polos contratuais decidem extinguir a avença, operando as duas espécies com efeitos futuros, ou seja, *ex nunc* (LÔBO, 2020, v. 3, p. 224).

Passada a distinção entre o distrato e a resolução contratual, vale lembrar que a Lei n.º 13.786/2018 surgiu como forma de disciplinar crescimento exponencial de hipóteses nas quais os adquirentes optaram por desistir da operação antes de receber o imóvel objeto do contrato (SILVA, 2020, p. 260). A controvérsia girava em torno de questionamentos surgidos a partir da extinção da promessa de compra e venda de imóvel, os quais incluem, a título de exemplo, o direito do adquirente de desistir do contrato e a legitimidade de retenção de valores pagos pela incorporadora, entre outros (SILVA, 2020, p. 260)

No que concerne à restituição dos valores adimplidos pelo adquirente, a Lei n.º 13.786/2018 incluiu o artigo 67-A na Lei nº 4.591/1964 para estabelecer a possibilidade de retenção, pelo incorporador, de até 25% do valor pago pelo promissário comprador antes da extinção contratual, elevando-se o percentual para 50% em relação à incorporações submetidas ao regime de afetação patrimonial (BRASIL, 2018).

Nessa senda, importante é destacar também que o mesmo diploma legal tratou de diferenciar os prazos para a restituição dos valores efetivamente pagos pelo adquirente: quando há patrimônio de afetação, a devolução poderá ocorrer em até 30 dias após a concessão do habite-se. Para empreendimentos não afetados, no entanto, o incorporador deverá restituir o valor pago em 180 contados do distrato, condição esta que, sem dúvida, é mais favorável ao promissário comprador (BRASIL, 2018).

Cabe, no entanto, salientar que a Lei n.º 13.786/2018, apesar de permitir que o incorporador retenha considerável percentual dos valores pagos em hipóteses de distrato ou resolução contratual, assegura ao consumidor o exercício do direito de arrependimento dentro do prazo de 7 dias, nas hipóteses em que o contrato for firmado em estandes de vendas e fora da sede do incorporador, como um instrumento de proteção do adquirente (BRASIL, 2018).

Nos referidos casos, é direito do consumidor obter a devolução de todos os valores pagos, incluindo a comissão de corretagem (BRASIL, 2018), em contrapartida à retenção permitida quando a avença é firmada na sede da incorporadora e o arrependimento se manifesta após o prazo estabelecido.

Importante é reconhecer que a determinação remete ao direito de arrependimento veiculado pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 49, *caput*, o qual permite a

desistência do contrato dentro do mesmo prazo, com a devolução de todos os valores pagos (BRASIL, 1990).

Em que pese a evidente semelhança das disposições nos mencionados diplomas legais, Rodrigo da Guia Silva (2020, p. 7) chama atenção para a hipótese da Lei n.º 13.786/2018 buscar ampliar as situações nas quais cabe a aplicação da prerrogativa para além das relações de consumo.

Ultrapassada a possibilidade de exercício do direito de arrependimento pelo adquirente, cabe analisar métricas que abordam a ocorrência da rescisão contratual não enquadrada no mencionado arrependimento, buscando relacioná-la com as mudanças legislativas.

Procurou-se analisar, por meio de dados numéricos, os aparentes impactos da Lei n.º 13.786/2018 em relação à quantidade de distratos de contratos imobiliários. Para tanto, as métricas da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) atestam uma significativa diminuição na proporção entre as unidades imobiliárias vendidas e os distratos realizados após a Lei dos Distratos.

Em análise comparativa, as métricas da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) trazidas na introdução do presente trabalho atestam significativa diminuição na quantidade de distratos realizados após a Lei n.º 13.786/2018 em relação aos números que retratam o cenário anterior ao referido diploma legal.

Cabe, no entanto, destacar o fato de que, apesar de a definição de distrato ter relação com a extinção contratual que opera por vontade de ambas as partes, dada a polissemia atribuída às palavras no direito brasileiro, não se pode afirmar com certeza se os dados em tela se referem de fato ao desfazimento do contrato por esta via ou abarcam também a extinção contratual que opera unilateralmente, isto é, partindo da vontade de apenas uma das partes.

Tal observação é válida sobretudo considerando que a discrepância encontrada se dá entre os dados referentes aos períodos anteriores e posteriores à Lei n.º 13.786/2018, a qual impôs a possibilidade de retenção significativa de valor pelas incorporadoras, posto que, naturalmente, é possível extrair do texto legal condições mais gravosas ao adquirente que desiste da aquisição no que concerne à restituição dos valores pagos (BRASIL, 2018), de

modo que ficou menos vantajoso para o promissário comprador buscar a extinção do contrato firmado.

2.3.2 A tolerância de 180 dias para a entrega do empreendimento

Outra das significativas mudanças trazidas pela Lei n.º 13.786/2018 diz respeito ao estabelecimento de uma espécie de prazo de tolerância para a entrega do imóvel, veiculada no artigo 43-A que foi incluído na Lei n.º 4.591/1964. Com base no mencionado dispositivo, caso seja entregue a unidade imobiliária em até 180 dias após a data estipulada em contrato para a conclusão do empreendimento, não haverá causa para a resolução contratual por parte do adquirente, e tampouco se penalizará o incorporador, desde que expressamente pactuado (BRASIL, 2018).

Acerca da disposição legislativa que é, sem dúvida, mais favorável ao incorporador em detrimento do consumidor, vale dizer que o legislador sopesou a função social do contrato para positivar no texto legal determinações as quais menos prestigiam o adquirente:

As alterações às Leis 4.591/1964 e 6.766/1979 pela Lei 13.786/2018 prestigiaram a construção civil, que cediçamente é atividade econômica fortemente fomentadora de empregos e passa por extremo desequilíbrio causado pela plethora de ações de promitentes compradores pleiteando o desfazimento do contrato e a restituição do que foi pago sempre que a economia enfrenta crises.

Nesse contexto, surgiu a Lei 13.786/2018, que deve ser interpretada, à luz do art. 5º da LINDB pela sua finalidade social (gerar estabilidade ao mercado imobiliário) e exigência do bem comum (manutenção da atividade das construtoras, geradoras de emprego e renda). (SCAVONE JR., 2020, p. 635-636).

Trata-se, na visão de Rodrigo da Guia Silva, de uma dupla função: por um lado, os 180 dias funcionam como um prazo de tolerância, os quais afastam os encargos moratórios e impedem que se configure configuração do inadimplemento absoluto da incorporadora; por outro, a concessão funciona como um período de graça, autorizando-se a resolução contratual imediatamente após o seu decurso (SILVA, 2020, p. 9).

É somente após o decurso do prazo de 180 dias passados desde a data fixada em contrato para a entrega do empreendimento que, nos termos da Lei n.º 13.786/2018, é devida ao adquirente indenização correspondente a 1% do valor total pago à incorporadora para cada mês de atraso, e isto caso não se trate de hipótese de resolução contratual (BRASIL, 2018).

Vale lembrar que, apesar de a legislação ter garantido ao incorporador expressamente, por meio do texto legal, o prazo de 180 dias para a conclusão da obra sem penalidades, a jurisprudência já há algum tempo anteriormente à Lei n.º 13.786/2018 vinha consolidando uma tolerância, também porque o artigo 48, § 2º da Lei n.º 4.591/1964 já permitia que constasse no contrato de incorporação eventual prazo de prorrogação para entrega da obra (BRASIL, 1964).

É o que se extrai de julgados do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do julgamento do Recurso Especial n.º 1.582.318/RJ, em 2017, no qual a Corte Superior entendeu que a cláusula de tolerância não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, sendo razoável a disposição que firma o prazo de 180 dias de prorrogação para entrega do empreendimento (BRASIL, 2017).

No voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, destacou-se, acerca da prorrogação do prazo para entrega do empreendimento, que “cláusula de tolerância, para fins de mora contratual, não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor” (BRASIL, 2017), bem como que a disposição “concorre para a diminuição do preço final da unidade habitacional a ser suportada pelo adquirente, pois ameniza o risco da atividade advindo da dificuldade de se fixar data certa para o término de obra de grande magnitude” (BRASIL, 2017).

Assim, a Lei n.º 13.786/2018 tratou de garantir ao incorporador a tolerância já aceita historicamente pelos tribunais ao ter em perspectiva, para além da proteção do consumidor, a finalidade social e o bem comum intrínsecos à atividade de incorporação.

3. A APLICAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO EM INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Uma vez delimitados os principais aspectos atinentes às incorporações imobiliárias, cabe trazer à baila instituto que permeia o tema do presente estudo: o patrimônio de afetação.

Desse modo, serão abordados, a seguir, além de sua conceituação, o contexto histórico que levou à edição da Lei n.º 10.931/2004, a qual impôs alterações na Lei n.º 4.591/1964

(BRASIL, 2004), e as implicações oriundas da submissão de uma incorporação ao regime de afetação patrimonial.

3.1 Contexto histórico e objetivos da Lei n.º 10.931/2004

Para entender os motivos que levaram à promulgação da Lei n.º 10.931/2004, é necessário analisar o contexto no qual o mercado imobiliário - notadamente o ramo das incorporações - estava inserido no final da década de 1990 e início dos anos 2000.

À época, o Brasil assistia ao desenrolar do caso da incorporadora Encol S.A., grande empresa do ramo da construção civil, cuja falência, decretada em 1999, resultou em centenas de empreendimentos inacabados e milhares de famílias que haviam investido na compra de imóveis da incorporadora desamparadas (ALMENDANHA, 2014, p. 195). Nota-se, por notícia veiculada em 1997, que o abalo causado pela crise da referida empresa foi tamanho que refletiu na queda de até 50% das vendas de imóveis somente em razão do surgimento das primeiras notícias acerca dos problemas enfrentados pela incorporadora (ARBEX, 1997).

Posteriormente à decretação de falência da Encol S.A., tinha-se cenário desolador: mais de 42.000 famílias foram vítimas da compra de imóveis em edificações jamais acabadas (CORRÊA, 2014, p. 21), minando-se a confiança de muitos brasileiros no mercado imobiliário.

Dessa forma, buscou-se remediar a crise mercadológica que sucedeu ao caso da Encol S.A. e de outras empresas do setor (AGHIARIAN, 2010, p. 176) de modo a tentar assegurar maior proteção aos milhares de adquirentes lesados nestes eventos, como verdadeira reação social à quebra de uma das maiores incorporadoras do país (SCAVONE JR., 2020, p. 320). Era necessário, portanto, buscar alternativas que possibilitassem a retomada da confiança do consumidor na aquisição de unidades imobiliárias ainda não construídas, o que fomentou o panorama histórico da criação da Lei n.º 10.931/2004.

Paralelamente ao contexto de crise no mercado imobiliário, Roberta Buarque Corrêa (2014, p. 22) impõe como outro fator de impulsão da Lei n.º 10.931/2004 o fenômeno da constitucionalização das relações privadas.

A Constituição de 1988, a primeira após longo regime antidemocrático, cuidou de impor garantias ligadas à propriedade e sua função social por meio do artigo 5º, incisos XXII e XXIII do texto constitucional (BRASIL, 1988). Não se pode olvidar, ainda, que o direito à moradia também está positivado na Carta Magna, especificamente em seu artigo 6º, *caput* (BRASIL, 1988), como um direito social, de modo que este aspecto do texto constitucional está conectado com a ideia das incorporações como forma de veicular no mundo real alguns dos princípios positivados pelo constituinte.

Para Tatiana Bahia Carvalho Siqueira (2022, p. 4), neste contexto de garantias constitucionais, tem-se a propriedade como instrumental à realização de determinados fins que suplantam a esfera do proprietário para atender à coletividade, de modo que a própria Lei de Incorporações (Lei n.º 4.531/1964) é vista como um estímulo à função social da propriedade, pois, ao edificar várias unidades autônomas em um único terreno dividido em frações ideais, confere-se maior e mais ampla utilidade à propriedade.

Nessa senda, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase para institutos do direito privado, nomeada pela doutrina de Constitucionalização do Direito Civil, conforme leciona Gustavo Tepedino (*apud* SIQUEIRA, 2022, p. 5). Acerca do tema, tem-se que o fenômeno é associado a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico, repercutindo também nas relações entre particulares (EHRHARDT JR.; TORRES, 2018, p. 331).

Surge, então, figura de direito destinada a servir como objeto de garantia em favor dos promitentes compradores, tornando imune à insolvência civil ou falência do incorporador o patrimônio do empreendimento (AGHIARIAN, 2010, p. 176): o patrimônio de afetação aplicado às incorporações imobiliárias, que, para Roberta Buarque Corrêa (2014, p. 22), foi concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro para proteger aos adquirentes em atenção às

garantias e princípios constitucionais, a partir da influência exercida pela Carta Magna nas relações privadas.

Tem-se, então, que o exemplo da Lei n.º 10.931/2004 demonstra ocasião na qual o conteúdo do texto constitucional de fato irradiou para reger uma relação genuinamente de Direito Civil, representada pelo contrato entre o incorporador e o adquirente.

No entanto, para se chegar à Lei n.º 10.931/2004 e seus dispositivos como hoje conhecemos, um longo caminho legislativo foi percorrido. Em consideração ao contexto da época, relativo à crise no mercado imobiliário e o papel de influência que a Constituição Federal passou a ter nas relações privadas, o jurista Melhim Namen Chalhoub formulou o anteprojeto de lei que viria a ser aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB (ALMENDANHA, 2014, p. 188), e, posteriormente, encaminhado a diversos parlamentares (CHALHUB, 2024, p. 84), acerca do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias.

O texto, então, foi convertido nos Projetos de Lei da Câmara dos Deputados de n.ºs 2.109/1999, 3.455/2000 e 3.751/2000 (CHALHUB, 2024, p. 84). Ao esmiuçar o conteúdo do Projeto de Lei de n.º 2.109/1999, publicado no Diário da Câmara dos Deputados em 25 de novembro de 1999, e de autoria do então deputado Ayrton Xerez (BRASIL, 1999), extrai-se, de sua justificção, o principal intuito do que viria a ser a Lei n.º 10.931/2004, em consonância com o que se expõe neste trabalho, isto é, a proteção do adquirente. Nesses termos, o projeto de lei incluiu também em sua justificativa uma menção ao caso da incorporadora Encol S.A. como exemplo de desamparo ao grupo de adquirentes, confirmando a sua influência no que, posteriormente, se tornaria a Lei n.º 10.931/2004:

Seja como for, os prejuízos dos adquirentes são irreparáveis, circunstância que recomenda sejam preenchidas, com urgência, as lacunas que ainda deixam o adquirente desprotegido nos casos de falência do incorporador.

[...] é de todo recomendável a delimitação dos riscos desse negócio, para que, na hipótese de falência do incorporador, os adquirentes possam assumir a obra e, assim fazendo, estejam seguros de que credores estranhos àquele empreendimento não poderão agredir aquele patrimônio. [...]

Em todo esse contexto, o relevante interesse social em questão reclama melhor delimitação de direitos e obrigações com vistas à efetiva consecução da função social da propriedade e justifica plenamente uma ampla revisão de conceitos que assegure a plena proteção do adquirente. (BRASIL, 1999).

Tem-se que o legislador se preocupou em ofertar uma solução para a desproteção a qual o adquirente era anteriormente obrigado a se submeter em caso de falência do incorporador, de modo que fosse criada a possibilidade de assunção da obra pelos promissários compradores e impedida a utilização das receitas oriundas da venda das unidades imobiliárias para quitar dívidas de credores estranhos ao empreendimento (BRASIL, 1999).

Assim, a partir dos Projetos de Lei n.ºs 2.109/1999, 3.455/2000 e 3.751/2000, Chalhub (2024, p. 84) leciona que foi editada a Medida Provisória n.º 2.221/2001, a qual adotou a parte inicial do anteprojeto apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros. Ocorre que, para além de aderir, em parte, ao texto do projeto, a norma acrescentou disposições conflitantes com a natureza da afetação e seu sentido social (CHALHUB, 2024, p. 84-85).

Isso porque os acréscimos ao Projeto de Lei veiculados pela Medida Provisória n.º 2.221/2001 impunham aspectos prejudiciais aos adquirentes, incluindo-se, entre outros, a comunicabilidade do patrimônio afetado, a atribuição de novos encargos aos promissários compradores, e a atribuição de responsabilidade solidária aos adquirentes pelas dívidas da empresa falida estranhas à afetação a qual eles se vincularam (CHALHUB, 2024, p. 85).

Por óbvio, então, a norma não coadunava com o intuito do regime de afetação patrimonial, deturpando os propósitos veiculados no Projeto de Lei n.º 2.109/1999, de modo que se impôs a sua revogação pela edição da Lei n.º 10.931/2004, a qual instituiu o patrimônio de afetação como se conhece hoje, e que permitiu segregar os bens e direitos ligados à determinada incorporação visando a consecução do objeto do contrato imobiliário.

3.2 Conceito e implicações do patrimônio de afetação em incorporações imobiliárias

Para conceituar o instituto sob estudo, é importante partir da definição de patrimônio, o qual, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, (2011, p. 39) corresponde ao complexo de relações jurídicas economicamente apreciáveis. Nesse sentido, o patrimônio abarca os bens, direitos e obrigações aos quais se atribui valor econômico e, para Clóvis Beviláqua

(1929, p. 210), representa uma projeção econômica da personalidade civil, motivo pelo qual se extrai que tal projeção pode ser referente a uma pessoa física ou jurídica.

Em que pese esse conjunto de bens, direitos e obrigações vinculados a uma pessoa ser, via de regra, universal (e, portanto, indivisível), existem exceções legais (CORRÊA, 2014, p. 17) nas quais se permite segregar parte do patrimônio em função de determinado objetivo, isto é, afetá-lo para a consecução de um propósito.

Nessa senda, destaca-se a Teoria da Afetação, que se debruça sobre a mencionada segregação. A partir dela, na visão de Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 333), concebe-se uma espécie de separação ou divisão do patrimônio pelo encargo imposto a certos bens, que são postos a serviço de um fim determinado, de modo que o conjunto de bens afetado é imobilizado em relação ao restante do patrimônio de determinada pessoa física ou jurídica. Esses bens afetados, no entanto, não deixam de ser de propriedade do dono, mas somente poderão ser utilizados para a consecução do objetivo em função do qual se deu a sua afetação

No ramo imobiliário, então, criou-se, a partir da Lei n.º 10.931/2004, a possibilidade de afetar o patrimônio ligado a uma determinada incorporação (BRASIL, 2004), de modo que todo o acervo patrimonial ligado a ela fica segregado em função de uma finalidade, isto é, a conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes (CHALHUB, 2024, p. 83). Por acervo, entende-se que estão incluídos o terreno, as acessões, receitas provenientes das vendas, assim como todos os outros direitos e obrigações vinculados à incorporação (CORRÊA, 2014, p. 13). A viabilidade foi criada porque a Lei n.º 10.931/2004 incluiu na Lei n.º 4.591/1964 (Lei de Incorporações Imobiliárias), entre outros dispositivos, o artigo 31-A, que, em seu *caput*, dispõe sobre a opção dada ao incorporador de submeter a incorporação ao regime de patrimônio de afetação:

Art. 31-A. 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. (BRASIL, 2004).

É importante esclarecer que a medida não tem por objetivo engessar a atuação do incorporador, mas sim impor limite à utilização dos recursos ligados a determinado

empreendimento. Eles devem ser aplicados, em síntese, com a finalidade de construir, individualizar e entregar as unidades aos adquirentes, extinguindo-se, a partir da consecução de todas essas etapas, o contrato de incorporação (SIQUEIRA, 2022, p. 12).

Dessa forma, a incorporação afetada terá uma contabilidade própria, destacada da contabilidade do incorporador, implicando na obrigatoriedade de que toda a movimentação de recursos relativos ao empreendimento seja feita em conta bancária própria (CHALHUB, 2024, p. 84). Neste ponto, é importante ressaltar que o conjunto de bens e direitos vinculados à incorporação afetada, embora isolado, não é separado do restante do patrimônio do incorporador, mas sim recebe tratamento distinto (PEREIRA, 2023, p. 173), não se comunicando com o restante do patrimônio da pessoa física ou jurídica.

Acerca dessa incomunicabilidade, Melhim Namen Chalhub esclarece que o direito subjetivo do incorporador não é atingido, de modo que ele ainda possui propriedade sobre o patrimônio e os direitos e obrigações ligados ao empreendimento afetado, e, no entanto, somente pode deles dispor em função da finalidade específica da incorporação:

No caso da incorporação, a afetação é um gravame, não atinge, portanto, o direito subjetivo do incorporador. O empresário da incorporação imobiliária continua com sua plena propriedade sobre o patrimônio, terreno e demais direitos e obrigações daquele patrimônio, mas está apenas condicionado ao exercício de seus direitos. Embora tenha a disponibilidade dos direitos creditórios, ele está condicionado pela finalidade definida para a afetação. (CHALHUB, 2005, p. 68).

Assim, o patrimônio afetado somente pode responder por dívidas e obrigações vinculadas a sua respectiva incorporação, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 31-A, da Lei n.º 10.931/2004 (BRASIL, 2004).

Nesse sentido, destaca-se que, quando há opção pelo regime da afetação, nem todo o volume de recursos ligados ao empreendimento é afetado, pois o *quantum* se limita ao necessário para a satisfação do objeto do contrato de incorporação, o qual se extingue com a execução da obra e regularização do edifício no Registro de Imóveis competente (CHALHUB, 2024, p. 83).

Por óbvio, busca-se, com a afetação de determinado empreendimento, prover relativa proteção ao adquirente, posto que, inexistindo a segregação dos bens e direitos vinculados à

incorporação, é possível a utilização dos bens a ela vinculados para quitar débitos do incorporador - estranhos ao empreendimento - em face de sua falência ou insolvência civil (SCAVONE JR., 2020, p. 320), o que dificulta a recomposição do patrimônio do promissário comprador que não obteve o imóvel e tampouco a devolução do investimento realizado.

Nesse sentido, o artigo 31-F da Lei n.º 4.591/1964 (nela incluído pela Lei n.º 10.931/2004) bem delimita que os efeitos de tais eventos não atingem os patrimônios de afetação constituídos pelo incorporador em crise, expondo o intuito protecionista do diploma legal em favor do adquirente:

Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação (BRASIL, 1964).

Em verdade, antes mesmo da Lei n.º 10.931/2004, a Lei n.º 4.591/1964 tentou conferir maior proteção ao adquirente de unidades imobiliárias em caso de falência do incorporador independentemente da existência de patrimônio afetado, ao conceder privilégio para a satisfação de tal espécie de crédito por meio da redação do artigo 43, inciso III do referido diploma legal:

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas: [...]
III - em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste; (BRASIL, 1964).

Ocorre que o privilégio que a Lei de Incorporações tentou atribuir ao credor adquirente, na prática, não produz efeito positivo, tendo em vista as outras classes de crédito as quais a legislação impõe a satisfação prioritária (CHALHUB, 2024, p. 87), de modo que, a título de exemplo, os créditos trabalhistas, tributários e com garantia real são mais privilegiados, em razão do que dispõe o rol do artigo 43 da Lei n.º 11.101/2005 (BRASIL, 2005). Dessa forma, sem a afetação patrimonial, os direitos dos promissários compradores de imóveis em empreendimentos não construídos são deslocados para os últimos lugares na ordem legal de preferências (CHALHUB, 2024, p. 87).

Fez-se necessário, portanto, conceber a aplicação do patrimônio de afetação para que se promovesse efeito expressivo na proteção dos promissários compradores em caso de falência do incorporador, motivo pelo qual a Lei n.º 10.931/2004 dá opções ao grupo de adquirentes as quais envolvem a continuidade da obra e a restituição, na medida do possível, dos valores pagos (BRASIL, 2004).

3.3 A constituição do patrimônio de afetação e o funcionamento da incorporação imobiliária afetada

Para submeter uma incorporação ao regime de patrimônio afetado, é necessário que o incorporador averbe termo correspondente no Registro de Imóveis competente, o que poderá ser feito a qualquer tempo, nos termos do artigo 31-B da Lei n.º 4.591/1964:

Art. 31-B. Considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno. (BRASIL, 1964).

Em que pese a possibilidade de constituir a afetação após o início da comercialização das unidades imobiliárias, tem-se por certo o enfrentamento de dificuldades quando o regime é adotado no curso da incorporação, tendo em vista a necessidade de destacar a contabilidade do empreendimento afetado da contabilidade geral do incorporador, o que, para Bruno Mattos e Silva (*apud* EYNG; PEIXOTO, 2016), aumenta o risco de fraude.

Além disso, acerca da constituição da afetação, colhe-se do entendimento jurisprudencial que, não realizada a sua correta averbação no Registro de Imóveis, não poderão o incorporador e, sobretudo, os adquirentes, usufruir de seus efeitos. Nesse sentido, extrai-se decisão recente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, ao julgar o agravo de instrumento de n.º 2071672-73.2019.8.26.0000, verificou, no caso objeto do recurso, a inobservância da formalidade legal exigida para a sua constituição, qual seja, a averbação do Registro Imobiliário competente (SÃO PAULO, 2019). Desse modo, no caso em comento, foi permitida a penhora de bem imóvel o qual, em tese, deveria integrar o

patrimônio cuja afetação não havia sido regularmente constituída para satisfação de débito alheio à incorporação.

Em contrapartida, uma vez constatada a regular constituição do patrimônio de afetação, não é possível que os bens ligados à incorporação afetada sejam atingidos por dívidas alheias ao empreendimento afetado.

Foi nesse sentido que decidiu a 25ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo, no julgamento do agravo de instrumento de n.º 2162018-36.2020.8.26.0000, em consonância com o trecho da ementa abaixo destacado, da qual se extrai a impenhorabilidade de bens pertencentes à afetação por dívidas alheias ao empreendimento:

Irresignação contra a respeitável decisão que deferiu pedido de desbloqueio de valores constrictos na conta bancária da executada (agravada), sob o fundamento de que a penhora incidiu sobre patrimônio de afetação desta. A incorporação imobiliária, por constituir operação econômica destacável do patrimônio da empresa incorporadora, pode ser habilitada como patrimônio autônomo e, nessa condição, só responde por dívidas vinculadas ao próprio empreendimento imobiliário, preservando, desse modo, os recursos destinados à execução da obra e à entrega dos imóveis aos adquirentes. Prova dos autos (extrato bancário e averbação na matrícula do imóvel) suficiente no sentido de que o valor constricto integra o patrimônio de afetação da agravada, sendo por isso impenhorável, nos termos dos artigos 31-A e 31-B da Lei 4.591/64 e do artigo 833, XII, do CPC. Ainda que a obra tenha sido concluída, o patrimônio a ela vinculado permanece sob regime de afetação até a entrega de todas as unidades autônomas aos respectivos adquirentes, o que ainda não ocorreu "in casu". Decisão mantida. Recurso de agravo de instrumento não provido. (SÃO PAULO, 2020).

Uma vez constituído o patrimônio de afetação, a incorporação passa a funcionar diferentemente daquelas não afetadas. Acerca de tal distinção, já se mencionou a obrigatoriedade de abertura de conta de depósito para uso exclusivo daquele empreendimento, por meio da qual serão mantidos e movimentados os valores ligados a ele (BRASIL, 2004). Além disso, a legislação dispõe que o incorporador deverá manter escrituração contábil específica para a afetação, exigências que, no entanto, conforme explica Bruno Mattos e Silva (*apud* EYNG; PEIXOTO, 2016, p. 104), não são acompanhadas de sanção para punir o descumprimento.

Tem-se, então, uma norma sem expressivo caráter de coerção, posto que, no máximo, se pode extrair uma sanção geral oriunda do artigo 31-A, § 2º da Lei n.º 10.931/2004, o que,

ainda assim, exigiria a comprovação de prejuízo à afetação em razão da ausência de uma escrituração contábil específica:

Art. 31-A. 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. [...]
§ 2º O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação. (BRASIL, 2004).

O legislador estabeleceu também, ainda que em caráter opcional, um regime especial de tributação para os empreendimentos afetados, consoante dispõe o artigo 1º da Lei n.º 10.931/2004 (BRASIL, 2004).

Sua adoção se dá uma vez que os requisitos sejam atendidos, os quais envolvem a entrega do termo de opção ao regime especial de tributação na unidade competente da Secretaria da Receita Federal, e, por óbvio, a afetação da incorporação (BRASIL, 2004). Adotando-se o mencionado regime, o incorporador poderá promover o adimplemento unificado de quatro tributos por meio do pagamento de 4% da receita mensal recebida pelo empreendimento, quais sejam: (I) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ; (II) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Serviço Público – PIS/PASEP; (III) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL; e (IV) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS (RIZZARDO, 2021, p. 735-736).

O pagamento dos tributos elencados por meio da adoção do regime especial de tributação implica, é claro, na exclusão das receitas, custos e despesas próprios do empreendimento sujeito ao regime da base de cálculo desses mesmos tributos relativos a outras atividades empresariais do incorporador, incluindo as incorporações não afetadas (RIZZARDO, 2021, p. 737). Adotado o regime, então, Hércules Aghiarian (2010, p. 177) afirma que a carga tributária a qual recai sobre o incorporador poderá ser reduzida em expressivos 7% a 15%, evidenciando a vantagem do instituto.

Especula-se, de tal modo, que a instituição do regime especial de tributação surge como uma forma de estimular a instituição do patrimônio afetado pelo incorporador em razão

do incentivo fiscal concedido (AGHIARIAN, 2010, p. 177), isso tendo em vista que a legislação tratou de manter a adoção do patrimônio de afetação opcional, mesmo quando da revogação da Medida Provisória n.º 2.221/2001, a qual duras críticas sofreu (CHALHUB, 2024, p. 85), inclusive pela opcionalidade da afetação.

É possível mencionar ainda, como implicação do regime de patrimônio afetado, as medidas que a Lei 10.931/2004 possibilitou à Comissão de Representantes em caso de insolvência civil ou falência do incorporador.

As alternativas dadas aos adquirentes nestas situações em empreendimentos de patrimônio afetado serão abordadas com maior profundidade posteriormente, e, no entanto, importa adiantar que a legislação pátria confere aos adquirentes o poder de escolher entre a continuação da obra ou a liquidação do patrimônio de afetação (BRASIL, 2004).

Conclui-se, portanto, que as mudanças trazidas pela Lei n.º 10.931/2004 foram expressivas no que concerne ao intuito legislativo de proteger o adquirente, de modo a tentar compensar o risco assumido pela celebração compra e venda a qual tem por objeto coisa futura - uma unidade imobiliária ainda não construída. Não se pode olvidar, no entanto, a existência de pontos controversos ensejadores de críticas doutrinárias, tal como a permanência da opcionalidade de adoção do patrimônio de afetação, de modo que eventuais lacunas deixadas pela legislação e o aferimento da efetiva proteção dos adquirentes em incorporações de patrimônio afetado serão melhor analisados adiante.

4. A PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE EM EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS SOB O REGIME DE PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

A partir da abordagem feita sobre os principais aspectos das incorporações imobiliárias e do instituto do patrimônio de afetação, cabe agora delinear como a segregação patrimonial afeta tal espécie de empreendimento sob a ótica da proteção do adquirente.

Assim, este capítulo abordará as implicações que o patrimônio separado traz nos casos de falência, recuperação judicial e insolvência civil do incorporador, bem como versará sobre as opções deixadas para os adquirentes em tais hipóteses, suscitando a existência de lacunas

legislativas que concernem ao patrimônio separado em relação ao seu principal objetivo - a proteção do adquirente -, para, ao final, tecer crítica relativa à efetividade da proteção dos promissários compradores em empreendimentos com afetação patrimonial.

4.1 As implicações da falência, da insolvência civil e da recuperação judicial do incorporador em empreendimentos de patrimônio afetado

Já se delimitou que o caso da falência da incorporadora Encol S.A., abordado no presente trabalho, serviu como um dos eventos precursores da possibilidade de submissão de empreendimentos ao regime de patrimônio separado, com a finalidade de proteger os adquirentes de unidades imobiliárias.

Assim, ao estabelecer a possibilidade de segregar o patrimônio de determinada incorporação, a Lei n.º 10.931/2004, ao adicionar o artigo 31-F, *caput* na Lei n.º 4.591/1964, firmou que os efeitos da falência ou insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação que ele tenha constituído (BRASIL, 2004).

Importante é fazer breve distinção entre as situações de falência e insolvência civil disciplinadas pela Lei n.º 10.931/2004. Nessa senda, Fábio Ulhoa Coelho (2012, v. 3, p. 307) leciona que a distinção reside essencialmente no destinatário do procedimento, pois, enquanto o procedimento de falência se destina ao devedor empresário incapaz de arcar com suas dívidas, a insolvência civil visa os não empresários sem recursos para honrar com as obrigações assumidas:

A falência é, assim, o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que, normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade limitada ou anônima (Cap. 4, item 2). Para os não empresários sem meios de honrar a totalidade de suas obrigações, o direito destina um processo diferente de execução concursal, que é a insolvência civil, disciplinada no Código de Processo Civil (arts. 748 e s.). Entre as diferenças que separam esses regimes, o falimentar e o da insolvência civil, duas principais cabem ser destacadas. São ilustrativas de como o regime falimentar trata o devedor empresário com mais privilégios jurídicos do que a legislação processual civil em relação aos demais devedores insolventes. (COELHO, 2012, v. 3, p. 307).

É fato que, no contexto do mercado imobiliário brasileiro, a esmagadora maioria dos incorporadores é considerado empresário, isto é, aquele que, pela definição do artigo 966,

caput do Código Civil, exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (BRASIL, 2002).

Vale dizer, no entanto, que a própria Lei de Incorporações (Lei n.º 4.591/1964) disciplinou hipóteses nas quais o incorporador, via de regra, não é empresário, a exemplo da hipótese em que o proprietário do terreno em que se dará a edificação assume o papel, nos termos do artigo 31, alínea “a” do mencionado diploma legal (BRASIL, 1964).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Agravo Interno em Recurso Especial n.º 1.859.407/BA, esclareceu que é possível equiparar o proprietário do terreno ao incorporador nas hipóteses desde que ele pratica alguma atividade condizente com a relação jurídica incorporativa, ocasião na qual possui responsabilidade solidária pelo empreendimento, destacando julgado anterior da mesma corte (BRASIL, 2024):

‘A Lei de Incorporações (Lei n. 4.591/1964) equipara o proprietário do terreno ao incorporador, desde que aquele pratique alguma atividade condizente com a relação jurídica incorporativa, atribuindo-lhe, nessa hipótese, responsabilidade solidária pelo empreendimento imobiliário’ (REsp 1.065.132/RS, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 6/6/2013, DJe de 1º/7/2013). (BRASIL, 2024).

Ocorre que, via de regra, esse proprietário de terreno, ainda que, em determinada ocasião, tenha incorrido em atuação incorporativa, não exerce atividade econômica organizada a ponto de ser considerado empresário, e, portanto, a ele se aplica a insolvência civil em detrimento do procedimento de falência.

Uma vez ultrapassada a distinção entre a aplicação do procedimento de falência e a insolvência civil, reforça-se que, pela Lei n.º 10.931/2004, os efeitos de ambos os procedimentos em relação à incorporação afetada são os mesmos: nessas hipóteses, não integrarão a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação (BRASIL, 2004).

Arnaldo Rizzardo (2021, p. 707) explica que, nesses casos, o patrimônio afetado continuará a garantir a construção, mas não em favor do incorporador, e sim das obrigações perante os adquirentes das unidades e os outros credores.

Dessa forma, uma vez decretada a falência ou insolvência civil do incorporador, o artigo 31-F, § 1º da Lei n.º 4.591/1964 estabelece que os adquirentes serão convocados pela comissão de representantes, por um sexto dos titulares de frações ideais da incorporação, pelo juiz da falência ou pelo agente financiador da obra, para ratificar o mandato da mencionada comissão (BRASIL, 1964). Nessa hipótese, é a comissão de representantes, composta por adquirentes de unidades imobiliárias da incorporação, que fica investida de poderes para assumir a administração do empreendimento (CORRÊA, 2014, p. 16).

É importante mencionar que, apesar de não haver disposição expressa na Lei n.º 10.931/2004 acerca dos efeitos da recuperação judicial do incorporador em relação aos incorporações com patrimônio separado, isso não compromete a eficácia da norma em relação ao patrimônio de afetação das empresas recuperandas. É que, à época da promulgação da Lei n.º 10.931/2004, o instituto da recuperação judicial ainda não havia sido introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, e só viria a ser instituído pela Lei n.º 11.101/2005, a qual trata da recuperação judicial e da falência (BRASIL, 2005).

Este último diploma legal, por sua vez, em que pese ser posterior à lei que instituiu o patrimônio segregado para as incorporações imobiliárias, somente menciona os efeitos do instituto em relação ao falido, e não à empresa recuperanda, conforme se extrai do inciso IX do artigo 119 da Lei n.º 11.101/2005, o qual determina que, em caso de falência, permanecem os bens, direitos e obrigações do patrimônio afetado separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade (BRASIL, 2005).

Neste ponto, cabe trazer à baila que, enquanto na falência - a qual importa na cessação da atividade da empresa e liquidação de seu ativo - é necessária a transferência de poderes para a comissão de representantes para a continuidade da incorporação afetada (CHALHUB, 2024, p. 126), a recuperação judicial importa em condução diferente.

É que, em razão do objetivo do mencionado procedimento, qual seja, a reorganização da empresa explorada pela sociedade empresária devedora (COELHO, 2012, v. 3, p. 494), não há sentido em transferir a administração dos patrimônios de afetação instituídos pela incorporadora recuperanda para as respectivas comissões de representantes, posto que a

recuperação judicial tem como premissa a continuidade das atividades da empresa (CHALHUB, 2024, p. 126).

Assim, o Enunciado 628 do Conselho de Justiça Federal, formulado na VIII Jornada de Direito Civil, tratou de fixar o que a legislação não dispôs expressamente:

Os patrimônios de afetação não se submetem aos efeitos de recuperação judicial da sociedade instituidora e prosseguirão sua atividade com autonomia e incomunicáveis em relação ao seu patrimônio geral, aos demais patrimônios de afetação por ela constituídos e ao plano de recuperação até que extintos, nos termos da legislação respectiva, quando seu resultado patrimonial, positivo ou negativo, será incorporado ao patrimônio geral da sociedade instituidora. (BRASIL, 2018).

Além disso, o entendimento dos tribunais pátrios já se firmou no sentido de não ser possível a submissão do patrimônio de afetação da empresa recuperanda aos efeitos da recuperação judicial, a exemplo do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 2141952 / RJ, na qual o Ministro Relator Moura Ribeiro discorreu, em seu voto, sobre a incompatibilidade entre os dois institutos (BRASIL, 2023):

A Terceira Turma desta Corte Superior, ao apreciar Recurso Especial nº 1.958.062/RJ interposto por JOÃO FORTES ENGENHARIA S. A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, assentou que as sociedades de propósito específico com patrimônio de afetação que atuam na atividade de incorporação imobiliária não podem se sujeitar à recuperação judicial, sob qualquer ângulo que se analise, haja vista a incompatibilidade sistêmica entre os institutos. (BRASIL, 2023).

Acerca do confronto entre os institutos da recuperação judicial e do patrimônio segregado, Eduardo Takemi Kataoka (2014) questiona a existência da possibilidade de flexibilizar o patrimônio separado para auxiliar no soerguimento da empresa, dando aos recursos da afetação um novo destino, por meio do plano de recuperação judicial, que não a consecução do contrato de incorporação, oportunidade em que hipotetiza a substituição do patrimônio de afetação por outras garantias.

É fato que a alternativa condiz com o princípio da preservação da empresa que rege a recuperação judicial e está positivado no artigo 47, *caput* da Lei n.º 11.101/2005 (BRASIL, 2005). Ocorre que, diante da hipótese, existem aspectos a se sopesar quanto à possível distorção do objetivo pelo qual se instituiu o patrimônio de afetação em primeiro lugar, que,

para Cristina Malaski Almendanha (2014, p. 201), corresponde à segurança de que o dinheiro despendido pelos adquirentes será usado na conclusão da obra.

Nessa senda, vê-se que a insolvência civil ou a falência do incorporador ensejam a sua substituição na administração do patrimônio afetado pela comissão de representantes do empreendimento, enquanto a recuperação judicial do empresário o mantém no comando da administração do patrimônio segregado. Em todas as hipóteses, no entanto, é fato que os bens e direitos ligados à incorporação afetada permanecerão segregados das dificuldades financeiras enfrentadas pelo empreendedor, não se permitindo a sua utilização para quitar débitos estranhos ao empreendimento de patrimônio segregado.

Nos casos mencionados, determina a lei falimentar que o administrador judicial arrecade apenas o saldo, se houver, após o cumprimento da finalidade da afetação, em favor da massa falida ou da empresa em recuperação. Enquanto não verificadas essas condições, continuará a atividade ligada ao patrimônio separado como se a falência não tivesse sido decretada (COELHO, 2012, v. 3, p. 394), assim como também poderá o saldo positivo da afetação servir ao soerguimento da empresa recuperanda uma vez alcançado o objeto da incorporação.

4.2 As alternativas previstas para os adquirentes diante da não conclusão da obra

Ultrapassada a evidente incompatibilidade da falência, da insolvência civil e da recuperação judicial do incorporador com o instituto da afetação patrimonial em razão do próprio objetivo da segregação, é necessário trazer à baila as opções deixadas aos adquirentes em caso de não conclusão da obra.

Nessa senda, as alterações promovidas na Lei n.º 4.531/1964 pela Lei n.º 10.931/2004 positivaram no ordenamento jurídico a conduta diante da falência ou insolvência civil, de modo a estabelecer, por meio do artigo 31-F, § 1º do mencionado diploma legal, a ratificação do mandato da comissão de representantes ou eleição de novos membros para instituir o condomínio da construção e deliberar sobre a principal escolha a ser feita nessas hipóteses: continuar a obra ou liquidar o patrimônio de afetação (BRASIL, 2004).

Uma vez que os adquirentes optem pela continuidade do empreendimento, com o objetivo de obter recursos para a consecução da edificação, a comissão de representantes deverá promover a alienação de unidades eventualmente disponíveis no empreendimento, isto é, aquelas que, por ventura, não tenham sido comercializadas pelo incorporador antes da decretação de sua falência ou insolvência civil (AGHIARIAN, 2010, p. 184).

Além disso, a comissão de representantes passará a receber os valores devidos pelos adquirentes ainda não integralizados (SCAVONE JR., 2020, p. 328), tudo isso de modo a viabilizar a continuidade do empreendimento, conforme determina o artigo 31-F, § 14 da Lei n.º 4.591/1964 (BRASIL, 1964).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento da apelação de n.º 1025457-86.2015.8.26.0100, determinou a destituição de incorporadora falida e consequente constituição da comissão de representantes para promover o término da obra objeto da lide (SÃO PAULO, 2022):

Cabimento. Atraso na entrega da obra. Destituição da incorporadora e constituição de Comissão de Representantes, a fim de viabilizar a continuação das obras e a administração do empreendimento. Comissão de Representantes responsável pelos direitos, obrigações e encargos relativos à incorporação, devendo os adquirentes responderem pelo saldo devedor, a ser pago diretamente à Comissão, constituindo os recursos financeiros a serem empregados na construção do empreendimento (art. 31-F, §§ 11 e 12 da Lei n.º 4.591/64). Reconhecimento de que a responsabilidade pelo atraso na entrega da obra e seus desdobramentos não pode ser carreada à Comissão, na medida em que resultaria na responsabilização dos próprios adquirentes pelo pagamento das indenizações a que fizessem jus, em decorrência do inadimplemento da incorporadora destituída. Circunstância corroborada pela previsão legal da necessidade de celebração de novo contrato de venda, promessa de venda entre a Comissão e os adquirentes. Inteligência do art. 31-F, §§ 5º a 8º, da Lei n.º 4.591/64. Inviabilidade da compensação dos valores devidos pelas rés (Boulevard Lisboa e Di Empreendimentos) ao autor, a título de indenização por danos materiais e morais, com os valores devidos pelo autor, relativos ao saldo devedor do imóvel adquirido, que deve ser direcionado à Comissão de Representantes responsável pela finalização da obra. (SÃO PAULO, 2022).

Nessa hipótese de falência da incorporadora e assunção da administração da obra pela comissão de representantes, é somente após a finalização do empreendimento, com a consecução do objeto do contrato de incorporação, que eventuais valores remanescentes serão disponibilizados ao incorporador para integrar a massa falida.

Já quando, nos casos de falência ou insolvência civil do incorporador, não é possível dar continuidade à obra ou quando é esta a escolha dos adquirentes, deverá o patrimônio de afetação ser liquidado, com a venda do terreno, acessões e outros bens ligados à segregação patrimonial, nos termos do que determina o artigo 43, inciso VII da Lei n.º 4.591/1964 (BRASIL, 1964).

Nesses casos, o resultado da venda será entregue aos adquirentes na proporção daquilo que, comprovadamente, se apurar pago, verificando-se aquilo que cada um pagou e estabelecendo uma proporção, isto é, um percentual da participação de cada adquirente no produto da venda depois da dedução das dívidas do patrimônio afetado, as quais abarcam dívidas fiscais, débitos com a instituição financiadora (se houver financiamento da obra), fornecedores, valor do terreno ao proprietário, entre outros (SCAVONE JÚNIOR, 2020, p. 328).

Quando a liquidação dos recursos atrelados ao patrimônio de afetação não é suficiente para restituir aos adquirentes a integralidade do investimento, o saldo passa a ser devido pelo incorporador, que responde com seus bens pessoais, e este crédito é privilegiado no procedimento falimentar, no esteio do que dispõe o artigo 43, inciso III, da Lei n.º 4.591/1964 (BRASIL, 1964).

Ocorre que, conforme já elucidado anteriormente, o mencionado privilégio dificilmente chega a beneficiar os adquirentes, tendo em vista que a legislação falimentar impõe uma série de outras classes de credores melhor posicionadas na ordem de pagamento dentro do procedimento de falência (CHALHUB, 2024, p. 87), de modo que será quase impossível a devolução da totalidade do valor investido aos promissários compradores.

Cabe ainda dizer que a Lei n.º 4.591/1964 prevê hipótese na qual a obra é simplesmente paralisada sem ter como causa a sua falência ou insolvência civil. Em tais situações, o artigo 43, inciso VI do mencionado diploma legal estabelece que a paralisação da construção por mais de 30 dias ou mesmo o seu retardamento excessivo sem justificativa enseja a notificação do incorporador pelo juiz para que a retome ou reinicie (BRASIL, 1964).

Além disso, a mesma lei prevê que, caso a notificação seja desatendida, o incorporador poderá ser destituído pelo voto da maioria absoluta dos adquirentes, oportunidade em que será facultado o prosseguimento da obra aos promissários compradores (BRASIL, 1964).

Fato é que o patrimônio afetado será utilizado para o cumprimento das obrigações relativas a ele independentemente da continuidade ou não da obra (EYNG; PEIXOTO, 2016, p. 105). No entanto, nem sempre a sua existência garantirá aos adquirentes a proteção que dele se espera.

4.3 A efetividade da proteção do adquirente de incorporações imobiliárias com patrimônio de afetação

Viu-se que a Lei n.º 10.931/2004 teve por objetivo principal proteger o adquirente de empreendimentos imobiliários por meio da opção de separar o patrimônio de uma determinada incorporação do patrimônio de seu incorporador.

No entanto, questiona-se a real efetividade do instituto do patrimônio de afetação em relação à proteção do adquirente, sobretudo em razão do que parte da doutrina vê como lacunas legislativas as quais não foram supridas desde a lei que possibilitou a aplicação da segregação patrimonial às incorporações imobiliárias. Dessa forma, cabe trazer à baila alguns pontos de controvérsia nas Leis n.ºs 10.931/2004 e 4.591/1964.

4.3.1 O problema da não obrigatoriedade de constituição do patrimônio de afetação

Uma das mais contundentes críticas doutrinárias ao instituto da afetação patrimonial nas incorporações imobiliárias diz respeito à não obrigatoriedade de sua adoção pelo incorporador. Isso porque a Lei n.º 10.931/2004, ao promover alterações na Lei n.º 4.591/1964, já no *caput* do primeiro artigo constante no capítulo destinado ao patrimônio de afetação, o 31-A, estabeleceu a sua instituição opcional, a critério do incorporador (BRASIL, 2004).

Nessa senda, Hércules Aghiarian (2010, p. 176) leciona que, em razão do poderio econômico do incorporador, perde-se a utilidade da garantia que a afetação patrimonial deveria representar.

Para Mauro Antônio Rocha (2011), a ausência de compulsoriedade na segregação patrimonial da atividade de incorporação destitui a eficácia jurídica da lei, de modo que o patrimônio de afetação passou a representar uma mera declaração de propósitos e um instrumento de *marketing* comercial, desvirtuando a intenção inicial de propiciar segurança jurídica aos adquirentes.

Para Cristina Malaski Almendanha (2014, p. 202), a facultatividade do instituto constitui falha da lei:

A falha da lei, ao que parece, concentra-se em um único detalhe: o caráter facultativo da instituição do patrimônio de afetação. Afinal, se a intenção do legislador foi a de criar uma medida capaz de estancar e prevenir a ocorrência de casos desastrosos como o da incorporadora Encol, deveria ter estabelecido a obrigatoriedade da instituição do patrimônio de afetação. (ALMENDANHA, 2014, p. 202).

Para grande parte da doutrina, portanto, a maior lacuna legislativa em relação à segregação patrimonial de incorporações imobiliárias diz respeito à não obrigatoriedade de sua adoção. É fato que o patrimônio de afetação, nos termos estabelecidos pela Lei n.º 10.931/2004, tem como principal objetivo a proteção dos adquirentes, e, no entanto, a sua mera instituição não garante imediata eficácia dos objetivos do legislador, de modo que existem outros pontos a ser abordados quando se trata da omissão legislativa.

4.3.2 A responsabilidade sobre os débitos fiscais, previdenciários e trabalhistas ligados à incorporação afetada

Outra controvérsia acerca do patrimônio afetado diz respeito ao encargo imposto aos adquirentes de quitar os débitos fiscais, previdenciários e trabalhistas vinculados à incorporação afetada quando a comissão de representantes assume a administração do empreendimento, nos termos de que comanda o artigo 31-F, § 18, inciso I da Lei n.º 4.591/1964 (BRASIL, 1964).

Nesse sentido, tem-se que a proteção visada pela afetação patrimonial se estende para além dos adquirentes, de modo a alcançar também os trabalhadores do empreendimento e o Fisco em relação aos quais a incorporação tenha dívidas não adimplidas pelo incorporador até a data da decretação de falência ou insolvência. Nesses casos, permite-se a penhora dos bens e direitos da obra para arcar com os débitos em comento, conforme explica Adilson Neri Pereira (2023, p. 172):

Obrigações e encargos integram o patrimônio afetado. As dívidas atribuídas pelo incorporador àquela parcela do patrimônio não estão submetidas ao concurso dos credores e, portanto, devem ser liquidadas com os recursos próprios. Admite-se, em tal situação, a penhora do terreno, de acessões, dos direitos creditórios, dos materiais aplicáveis na obra. Esse é o caso de dívidas trabalhistas, tributárias, gastos com fornecedores, com concessionárias de luz e água. (PEREIRA, 2023, p. 172).

Lígia Caram Petrechen (2016, p. 50) explica como se dá a extensão dos débitos tributários que devem ser assumidos pelos condôminos quando da falência ou insolvência civil do incorporador:

Responderão, ainda, os condôminos pelos tributos resultantes da diferença entre o custo orçado e o custo efetivo, verificada até a data da decretação da falência, correspondente ao empreendimento imobiliário, rateada a cada condômino individualmente, de acordo com os coeficientes de construção atribuíveis a cada unidade, ou por outro critério deliberado em assembleia geral por dois terços dos votos da massa condominial. (PETRECHEN, 2016, p. 50).

Para Melhim Namen Chalhub, não há problema na imposição, pois, segundo o autor, os respectivos valores serão objeto de posterior acerto de contas com a massa falida. No entanto, o próprio Chalhub afirma que, apesar de se esperar existir dinheiro para concluir a obra, na prática, o contrário pode acontecer (CHALHUB, 2005, p. 72).

Ora, se o patrimônio de afetação serve, pelo menos em tese, para proteger os adquirentes e garantir a consecução do empreendimento ou mesmo o retorno do investimento feito pelos promissários compradores, por qual motivo então se permite a penhora dos bens afetados para arcar com obrigações as quais o incorporador deixou de quitar regularmente?

E, indo além, não parece razoável fazer com que os adquirentes, já lesados pelo inadimplemento por parte do incorporador, arquem com o ônus das obrigações que eram dele, sobretudo porque a chance de recomposição por meio do concurso de credores é quase inexistente.

Nesse sentido, Roberta Buarque Corrêa (2014, p. 34) compartilha de entendimento divergente do autor supramencionado, por meio do qual expressa ser injustificável imputar ao adquirente a responsabilidade sobre os encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais relativos à incorporação. Nessa senda, afirma-se que a obrigação criada pela legislação acaba por violar os princípios da isonomia, da defesa do consumidor e do devido processo legal, sobretudo porque a lei não confere aos adquirentes condições de pagamento mais favoráveis do que aquelas oferecidas ao incorporador, deixando de considerar a sua desvantagem econômica (CORRÊA, 2014, p. 34).

Portanto, se o patrimônio de afetação busca proteger os adquirentes, estender a proteção aos trabalhadores e ao Fisco não parece contribuir para a consecução do objetivo pelo qual se instituiu a possibilidade de segregação patrimonial nas incorporações em primeiro lugar.

4.3.3 As alterações trazidas pela Lei n.º 13.786/2018 à luz da proteção do promissário comprador

Viu-se anteriormente que a Lei n.º 13.786/2018 trouxe significativas mudanças aos contratos de incorporação imobiliária, e a mais significativa delas trata da possibilidade de retenção, pelo incorporador, de até 50% da quantia paga pelo adquirente em hipótese de distrato do contrato imobiliário quando se trata de empreendimento com patrimônio de afetação constituído (BRASIL, 2018).

A disposição contrasta com a permissão de retenção limitada a 25% dos valores adimplidos pelo promissário comprador quando há distrato de contratos relativos a incorporações não afetadas (BRASIL, 2018).

Não se pode olvidar ainda que o mesmo diploma legal veicula a inserção do artigo 67-A, § 5º na Lei n.º 4.591/1964, por meio do qual se permite ao incorporador a restituição dos valores pagos pelo adquirente após a dedução do percentual retido em 30 dias após a concessão do habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal

competente (BRASIL, 2018), isto é, quando a construção - cujas etapas duram anos - já foi finalizada, para incorporações de patrimônio afetado.

Em contrapartida, nos empreendimentos sem afetação, os valores devem ser restituídos ao adquirente em até 180 dias após a formalização do distrato (BRASIL, 2018), o que difere significativamente das condições de restituição mais favoráveis ao incorporador que afetou a incorporação.

Na visão de Flávio Tartuce, tais disposições constituem dois absurdos legislativos trazidos pela norma sob o argumento de se incentivar o uso do patrimônio de afetação (2023, p. 2.170). Para o autor, a multa compensatória de até 50% do valor clama a subsunção do artigo 413 do Código Civil (TARTUCE, 023, p. 2.170).

Destaca-se então que o mencionado dispositivo impõe ao juiz a redução da penalidade em negócios jurídicos quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo considerando a natureza e a finalidade do negócio (BRASIL, 2002), o que, por óbvio, se amolda à retenção da monta exorbitante - embora permitida legalmente - dos valores pagos pelo adquirente quando do distrato de contratos relativos a incorporações afetadas.

Nesse sentido, Paulo Lôbo (2020, v. 3, p. 229) corrobora a possibilidade de redução equitativa das penas trazidas pela Lei n.º 13.786/2018 se elas forem consideradas excessivas no caso concreto, por aplicação do artigo 413 do Código Civil.

A jurisprudência corrobora também a visão doutrinária acerca da questão, conforme se depreende do julgamento da apelação de n.º 1021400-03.2021.8.26.0007 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do qual o Tribunal convencionou a redução do percentual de retenção do valor pago pelo adquirente de 50% para 25%, ainda que se tratasse de incorporação submetida à afetação patrimonial (SÃO PAULO, 2023).

No voto do relator Ferreira da Cruz, destacou-se o teor abusivo de multa que impõe a retenção do percentual de 50% dos valores pagos. Além disso, foi mencionado o caráter principiológico do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) e de seu status constitucional, motivo pelo qual não se poderia tolerar a abusividade:

Isto não significa, entretanto, que essa cláusula penal não possa, como qualquer outra, à luz da função social do ajuste e sem prova concreta de prejuízo capaz de autorizar retenção dessa envergadura, ser reduzida a patamares não abusivos, sobretudo a partir do caráter principiológico da Lei nº 8.078/90 e do seu status constitucional, como abordei em sede acadêmica.

Não se ponha no obívio que, apesar da intrínseca diferença valorativa que apresentam, as figuras do direito adquirido e do ato jurídico perfeito estão intimamente ligadas e exercem idêntica função: conferir força e legitimidade a direitos e a obrigações; sem que tal quadro, todavia, autorize um impossível direito adquirido ao abuso ou legitime um ato jurídico formalmente perfeito que procure admitir reflexos antes não tolerados, pois abusivos.

A multa/retenção de 50% sempre foi e continuará sendo abusiva, como inúmeras vezes reconhecido pelo Excelso Superior Tribunal de Justiça, que permitia a flutuação desse componente entre 10% a 25%, como já elucidado.

Ao rigor desse raciocínio, à luz do CDC e conjugados todos os elementos até aqui abordados, forte no necessário equilíbrio, razoável se mostra retenção a em 25%, mantida a disciplina da correção monetária e dos juros de mora fixados na r. sentença, como fez o STJ para os contratos anteriores à Lei nº 13.786/18, o que, de certo modo, há tempos encontra guarida neste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo. (SÃO PAULO, 2023).

Em relação ao prazo para devolução dos valores não retidos ao adquirente em caso de distrato, Flávio Tartuce afirma ainda que a disposição coloca o consumidor em posição excessivamente onerosa (TARTUCE, 2023, p. 2.170), e viola o artigo 39 da Lei n.º 8.078/1990.

O mencionado dispositivo, vale dizer, veda, em seu inciso V, que o fornecedor exija do consumidor vantagem manifestamente excessiva (BRASIL, 1990). Nessa senda, não se pode tolerar que um instituto cuja utilização em incorporações foi disciplinada para proteger o adquirente sirva para ferir seus direitos enquanto parte vulnerável da relação jurídica de consumo.

4.3.4 A precariedade da fiscalização do patrimônio afetado

É fato que a Lei n.º 4.591/1964 estabelece algumas imposições ao incorporador que permitem a fiscalização do empreendimento - e da afetação - pelos adquirentes por meio da comissão de representantes, a exemplo da obrigação de entregar à mencionada comissão, no mínimo, a cada três meses, um demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros que integrem o patrimônio de afetação recebidos no período, positivada no artigo 31-D, inciso IV do mencionado diploma legal (BRASIL, 1964).

A mesma lei também impõe que o incorporador apresente à comissão de representantes balancetes trimestrais referentes ao patrimônio segregado (BRASIL, 1964), tudo isso com o objetivo de garantir a regular aplicação da separação patrimonial.

Na opinião de Carlos Eduardo Eyng e Fabiano Hartmann Peixoto (2016, p. 104), a instituição do patrimônio de afetação pode ser muito útil para os adquirentes se a comissão de representantes fiscalizar minuciosamente os negócios feitos pelo incorporador. Quando há a devida fiscalização e os recursos obtidos com a negociação de unidades são aplicados apenas no empreendimento, dificilmente os compradores serão lesados (EYNG; PEIXOTO, 2016, p. 104).

No entanto, ainda que o acompanhamento pela comissão de representantes decorra de imposição legislativa, na visão de Adilson Neri Pereira (2023, p. 186), ao considerar a inexistência de possibilidade de constituição de organismo externo incumbido de fiscalizar o andamento das incorporações afetadas, a inexistência de auditorias abre o caminho para a fraude e não evita que a insolvência do incorporador ocasione prejuízos aos adquirentes.

Ora, é verdade que a legislação cuidou de determinar que o incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio afetado por meio do artigo 31-A, § 2º da Lei n.º 4.591/1964 (BRASIL, 1964), e, no entanto, o mencionado dispositivo não vai muito além disso para fixar como se afere eventual prejuízo ou mesmo especificar como se dá a responsabilização do incorporador.

Sendo assim, a recuperação judicial ou falência da empresa que administra o patrimônio afetado sem a obrigação de efetiva separação dos ativos, sem controle sobre os recursos, sem auditoria ou verificação constantes importará em um patrimônio nulo ou, pior, negativo (PEREIRA, 2023, p. 182). Conclui-se então pela alta probabilidade de inexistir recursos suficientes à satisfação dos adquirentes (PEREIRA, 2023, p. 182).

Nessa senda, confere-se que decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento do recurso de apelação n.º 1092993-51.2014.8.26.0100, indeferiu o pleito de declaração de ineficácia do negócio jurídico da incorporação formulado pelos adquirentes (SÃO PAULO, 2020). No voto do relator Desembargador James Siano, conclui-se pela não

verificação de violação das regras do patrimônio de afetação, e, em relação à ausência de constituição da comissão de representantes, destacou-se que o interesse na questão era dos próprios adquirentes, de modo que não era possível responsabilizar o incorporador:

Não se verifica violação às regras do patrimônio de afetação, não havendo conduta que se subsuma ao previsto no art. 31-E da respectiva lei, que prevê as hipóteses de extinção; os réus não podem ser responsabilizados por não ter havido constituição anterior da comissão de representantes, já que era destes o interesse; não se vê, tampouco, qualquer conduta que possa macular o acordo firmado com os adquirentes, que o autor reputa ineficaz. (SÃO PAULO, 2020).

Desse modo, verifica-se que as imposições das normas do patrimônio de afetação, por si só, não bastam para fazer com que o incorporador as respeite, de modo a mitigar a proteção dos adquirentes que o instituto visa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exposição feita ao longo deste trabalho, conclui-se que, após a crise no mercado imobiliário vivenciada no final da década de 1990 no país, o legislador buscou contorná-la a partir da busca de meios para garantir à figura do adquirente maior segurança em relação à conclusão da obra, o que levou à instituição, pela Lei n.º 10.931/2004, da possibilidade de afetar o patrimônio ligado à determinada incorporação imobiliária (BRASIL, 2004).

Ocorre que a demonstração de algumas lacunas na legislação em comento evidenciou que a finalidade de proteger o adquirente não foi integralmente alcançada. Viu-se, nessa senda, que a principal crítica doutrinária feita em face do instituto se refere à não obrigatoriedade de sua adoção, posto que a decisão é deixada para a parte menos vulnerável da relação jurídica - o incorporador -, constituindo um dos obstáculos para a consecução do objetivo legislativo.

E, ainda assim, constatou-se que determinadas disposições legais as quais visam estimular a adoção da segregação opcional, veiculadas pela Lei n.º 13.786/2018, apesar de possibilitar condições mais favoráveis ao incorporador nas hipóteses de distratos relativos a incorporações afetadas como meio de facilitar a adoção do instituto, em verdade, acabam por

onerar demasiadamente o adquirente, pois positivou no texto legal autorização para que o incorporador imponha condições abusivas de retenção de valores por distrato e prazo para devolução do restante ao promissário comprador, as quais contrariam os princípios de proteção ao consumidor.

Além disso, o presente trabalho demonstrou que o patrimônio de afetação acaba por “livrar” o incorporador falido ou insolvente de obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais, as quais recaem sobre os adquirentes, onerando-os demasiadamente e dificultando a continuidade da obra, em contrariedade ao objetivo principal da afetação patrimonial quando da elaboração do projeto que deu origem à Lei n.º 10.931/2004.

Concluiu-se ainda que, apesar de a Lei de Incorporação Imobiliária determinar os passos que sucedem a decretação de falência ou insolvência civil do incorporador (deixando de fora o que ocorre na hipótese da recuperação judicial, no entanto, cabendo à doutrina e à jurisprudência definir o procedimento adotado), há controvérsias quanto à preservação do patrimônio afetado pelo incorporador que, antes de ser destituído da administração da afetação, passa por dificuldades financeiras enquanto possui acesso aos recursos segregados ligados a uma determinada incorporação diante de uma fiscalização pela comissão de representantes dos adquirentes que demonstra pouca eficácia.

Assim, apesar de a Lei n.º 10.931/2004 ter dado passos significativos na proteção dos promissários compradores de unidades autônomas em incorporações imobiliárias, conclui-se que ainda há longo caminho a ser percorrido pelo legislador em relação à intenção de proporcionar maior segurança jurídica aos adquirentes de modo a garantir o retorno do investimento feito na compra de imóvel pela consecução do objeto do contrato.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALMENDANHA, Cristina Malaski. **Incorporação Imobiliária e o Patrimônio de Afetação**. Revista da AJURIS, v. 41, n. 133, p. 185-204, 2014.

ARBEX, Fátima Fernandes Mauro. **Efeito Encol paralisa venda de imóveis**. Folha de São Paulo, São Paulo, 26 ago. 1997. Habitação. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi260802.htm#:~:text=A%20crise%20da%20construtora%20Encol,vendas%20de%20apartamentos%20novos%20ca%C3%ADram>. Acesso em: 30 set. 2024.

Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias. Indicadores ABRAIN. Informes de fevereiro de 2017, análise de dezembro de 2016. 2017. Disponível em: https://www.abrainc.org.br/uploads/2017/02/Release-Abrainc_201702.pdf. Acesso em: 06 set. 2024.

Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias. Indicadores ABRAIN. Informes de fevereiro de 2018, análise de dezembro de 2017. 2018. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/uploads/2018/03/Release-Indicadores-201802.pdf>. Acesso em: 06 set. 2024.

Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias. Indicadores ABRAIN. Informes de fevereiro de 2020, análise de dezembro de 2019. 2020. Disponível em: https://www.abrainc.org.br/uploads/2020/03/Release-IndicadoresAbraincFipe_202002.pdf. Acesso em: 06 set. 2024.

Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias. Indicadores ABRAIN. Informes de fevereiro de 2022, análise de dezembro de 2021. 2022. Disponível em: https://www.abrainc.org.br/uploads/2022/03/Release-Indicadores_202202.pdf. Acesso em 06 set. 2024.

BEVILAQUA, Clovis. **Theoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1999. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25NOV1999.pdf#page=276>. Acesso em 26 set. 2024.

BRASIL, Enunciado n. 628 da VIII Jornada de Direito Civil. Conselho de Justiça Federal, 2018. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1211#:~:text=O%20conjunto%20dos%20direito s%20e,Lei%209.514%2F1997%2C%20arts. Acesso em: 31 out. 2024.>

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 244, p. 14.591-14.593, 16 dez. 1964.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, a cédula de crédito imobiliário, o regime especial de tributação para construtoras de imóveis residenciais, a escrituração contábil digital e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 141, n. 147, p. 1-10, 3 ago. 2004.

BRASIL. **Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018.** Altera as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, para dispor sobre a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Diário Oficial República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, 28 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Agravo Interno em Recurso Especial n.º 1.859.407/BA. Relator: Ministro Raul Araújo, Brasília, disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico em 21 de outubro de 2024. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000191134&dt_publicacao=21/10/2024. Acesso em: 25 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial n.º 1.582.318/RJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico em 21 de setembro de 2017. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501452497&dt_publicacao=21/09/2017. Acesso em: 12 set. 2024.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial** - volume 3: direito de empresa. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORRÊA, Roberta Buarque. **O patrimônio de afetação e a responsabilidade civil do incorporador**. 2014. Monografia de Especialização (Especialização em Direito Processual Civil) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

CHALHUB, Melhim Namen. **Incorporação imobiliária**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

CHALHUB, Melhim Namen. Patrimônio de Afetação, Boletim do IRIB em Revista, nº 320, janeiro/2005.

EHRHARDT JR., Marcos Augusto de Albuquerque; TORRES, Márcio Roberto. **Direitos Fundamentais e as Relações Privadas: Superando a (pseudo)tensão entre aplicabilidade direta e eficácia indireta para além do patrimônio**. Revista Jurídica Unicuritiba, v. 4, n. 53, p. 326-356, 2018.

EYNG, Carlos Eduardo; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Patrimônio de afetação - segurança na aquisição de imóveis incorporados**. Revista de Direito da Cidade, v. 08, n. 1, p. 93-111/2016.

KATAOKA, Eduardo Takemi. A recuperação judicial e o patrimônio de afetação. In: **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, RJ, v. 6, p. 181-198, Jul./Ago.2014.

LÔBO, Paulo. **Contratos**: Coleção Direito civil volume 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA, Adilson Neri. **Incorporação imobiliária em regime de patrimônio de afetação e sub-rogação de direitos**. Revista Jurídica Direito & Realidade, v. 11, n. 15, p. 169-189/2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PETRECHEN, Lígia Caram. **O Patrimônio de Afetação e a Sociedade de Propósito Específico nas Incorporações Imobiliárias**. Monografia (MBA em Real Estate – Economia Setorial e Mercados) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Construção Civil, São Paulo, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROCHA, Mauro Antônio. O regime de afetação patrimonial na incorporação imobiliária - uma visão crítica da lei. In: **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, RJ, v. 59 p. 153-165, Jul./Dez. 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão. Agravo de Instrumento n.º 2071672-73.2019.8.26.0000. Relator: J.B. Paula Lima, São Paulo, disponibilizado no

Diário da Justiça Eletrônico em 29 de maio de 2019. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/714975167>. Acesso em: 30 set. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão. Agravo de Instrumento n.º 2162018-36.2020.8.26.0000. Relator: Marcondes D'Angelo, São Paulo, disponibilizado no Diário da Justiça Eletrônico em 21 de setembro de 2020. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/931244218>. Acesso em: 30 set. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão. Apelação 1021400-03.2021.8.26.0007. Relator: Ferreira da Cruz, São Paulo, disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico em 14 de abril de 2023. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1812044409> . Acesso em: 05 nov. 2024

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão. Apelação 1025457-86.2015.8.26.0100. Relator: James Siano, São Paulo, disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico em 30 de novembro de 2022. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1714643484>. Acesso em: 05 nov. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão. Apelação 1092993-51.2014.8.26.0100. Relator: James Siano, São Paulo, disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico em 04 de setembro de 2020. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/925435858>. Acesso em: 30. out. 2024

SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Rodrigo da Guia. Lei no 13.786/2018 e a nova disciplina das incorporações imobiliárias. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [S. l.], v. 25, n. 03, p. 259, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/354>. Acesso em: 11 set. 2024.

SIQUEIRA, Tatiana Bahia Carvalho. A funcionalização do contrato de incorporação imobiliária. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 1–16, 2022. Disponível em:
<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/730>. Acesso em: 02 set. 2024.

Vendas de imóveis novos registram crescimento de 45,3%, revela indicador ABRAINCC-Fipe. ABRAINCC - Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias, São Paulo, 09 de ago. de 2024. Disponível em:
<https://abrainc.org.br/indicador-abrainc-fipe/2024/08/09/vendas-de-imoveis-novos-registram-crescimento-de-453-revela-indicador-abraincfipe->. Acesso em: 01 de nov. de 2024.